جامعة التكوين المتواصل

السنة أولى ليسانس حقوق عن بعد

السداسي 2

مـادة:

مدخل للعلوم القانونية 2

المعامل : 03 **الأرصدة :** 07 **التصنيف:** أساسي

أستاذ المادة : الأستاذ شلالي رضا **الإيميل:** chelali175@gmail.com

Djelfa 2021

المقطع الأول: المقصود بالحق.

تعريف الحق : اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم الحق فنجد عدة مذاهب :

01 - المذهب الشخصي " النظرية الإرادية " : أو ما يعرف بالنظرية الإرادية بقيادة الفقيه سافيني ويرى أن الحق هو :{القدرة أو السلطة الإرادية تثبت للشخص الذي يستمدها من القانون }و يجعل هذا المذهب الحق صفة تلحق صاحبها .

النقد : ما يؤخذ على هذه النظرية أنه علق على وجود الحق بوجود الإرادة وبمقتضى ذلك أنه لا حق لامن لا إرادة له مثل المجنون أو المعتوه أو الصبي الغير مميز ... الخ . بينما الارادة لا تلزم بثبوت الحق ودور الارادة يكون عند مباشرة الحق أي استعماله لذا فالصبي غير المميز يثبت له الحق ولكن لا يستعمله الا عن طريق نائبه أو وصية ومن ثم فانعدام الارادة لا ينفي وجود الحق و منه نجد أن المذهب الشخصي بين كيفية استعمال الحق دون تحديد مفهومه .

02 - المذهب الموضوعي : أو ما يعرف بنظرية المصلحة بقيادة الفقيه أهرانج يرى أن الحق يستهدف مصلحة معينة مادية أو أدبية وعرفه أخر بأنه مصلحة مادية أو أدبية يعترف بها القانون و يحميها هذه المصلحة قد تكون مادية اذا كان الحق ماليا و قد تكون معنوية أو أدبية إذا كان الحق غير مالي .

النقد : ما يؤخذ على هذه النظرية أنه لا ينصب على مفهوم الحق كنفه وانما ينصب على الغاية التي يهدف اليها صاحب الحق لتحقيقها .

03 - المذاهب المختلطة : عرف البعض من الفقه الحق أنه القدرة أو السلطة الإرادية المعطاة لشخص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون .

النقد : قد وجه لهذا المذهب النقد الموجه للنظريتين السابقتين .

04- النظرية الحديثة : يرى الفقه الحديث ضرورة الأخذ برأي الفقيه الفرنسي { دابان } في أن الحق هو سلطة يقررها القانون ويحميها شخص معين يكون له بمقتضاها أي يستأثر بإجراء عمل أو يلزم آخر بأداء عمل تحقيقا لمصلحة له مشروعة وأهم ما يميز الحق أنه علاقة استئثار وتسلط حسب تعريف دابان أو بعبارة أخرى سلطة ينفرد بها صاحب الحق كحق الملكية سلطة للمالك وحده على المالك للملوك له و حق الدائنية سلطة للدائن وحده تمكنه من إلزام المدين بدفع الدين و هي سلطة يعترف بها القانون و يحميها فالمصلحة هي الغاية من الحق و الحق هو الوسيلة لتحقيقها و القانون هو الذي يقرر هذه المصلحة . ويستخلص من هذا التعريف العناصر التالية :

- ✓ أن الحق يعبر عن السلطة التي يقرها القانون .

- ✓ أن الحق يفترض وجود شخص معين يكون صاحبا له
- ✓ أن الحق يرد على قيمة معينة تكون محلاً له .
- ✓ أن يكون لصاحب الحق سلطة الاستئثار والتسلط على حقه و يختلف ذلك باختلاف أنواع الحقوق و التسلط نتيجة حتمية الاستئثار ولكن الاستئثار لا يثبت الا لصاحب الحق أما التسلط أو مباشرة الحق لشخص أخر .

المقطع الثاني: أنواع الحق

أنـــــــــــواع الـــحـــــقـــــــوق :

- الحق التام : هو الذي يعترف به القانون ويحميه عن طريق رفع دعوة أمام القضاء .
- الحق الناقص : هو الحق الذي يعترف به القانون ولكن لا يحميه مثل سقوط الحق في الدين بالتقادم .
- الحق المطلق : هو الذي يكون للشخص حق في مواجهة الناس كافة كحق الملكية .
- الحق النسبي : هو الذي يكون للشخص في مواجهة شخص آخر معين أو أشخاص معينين كحق الدائنية .
- الحق الأصلي : هو الذي لا يكون تابع لحق أخر مثل حق الملكية .
- الحق التبعي : هو الذي يكون تابع لحق أخر والغاية منه هي ضمان الوفاء بالحق الأصلي كحق الرهن فهو يتبع حق أخر كحق الدائنية .
- الحقوق السياسية :هي تلك الحقوق التي تثبت لأبناء الدولة الذين ينتمون لجنسيتها و هم المواطنين دون الأجانب و هذا معناه أن الجنسية هي معيار التمييز بين من تثبت لهم تلك الحقوق و تتمثل هذه الحقوق في :
  - حـق الإنـتـخـاب .
  - حـق الـتـرشـــح .
  - حـق تـولـي الـوظـائف العـامـة .
  - حــق الـحـمـايـة في الـخــارج .

ويقابل هذه الحقوق واجبات وهي :

- واجب الولاء و الإخـــلاص.
- واجـب أداء الـخـدمـة الـوطـنـيـة .
- تـلـبـيـة نـداء الـدفـاع عـن الوطـن.
- الحقوق المدنية : تثبت للشخص بإعتباره عضو في الجماعة لكي يتمكن من أن يعيش في جو من الحرية و الأمل بما لا يتعارض مع مصلحة المجتمع وغيره من الأفراد, وهي لازمة لحياة الفرد المدنية ,فهي للجميع دون تفرقه في السن أو الجنس أو الجنسية .

ومن البديهي أن الحقوق المدنية بوجه عام بعضها يثبت لكافة الناس على قدم المساواة مثل الحق في الحياة و حق سلامة الجسم (حقوق عامة) و لكن هناك بعض الحقوق و إن كانت يمكن أن تثبت للناس عامة لكنها تختلف من حيث مداها و مضمونها و أثرها القانوني من شخص لآخر .

المقطع الاول: الحقوق المدنية العامة والخاصة.

أولا :الحقوق المدنية العامة : "" الحقوق الملتصقة بالشخصية أو حقوق الشخصية ""

وهي الحقوق التي تثبت للشخص بمولده وتلازمه وتظل تحميه حتى وفاته و تشمل هذه الطائفة جملة من الحقوق مثل الحق في الحياة و سلامة بدنه و شرفه والحق في العمل والتنقل .

فحق الشخص في سلامة جسمه نقصد بها أنه لا يجوز الإعتداء عليه (الضرب .. الجرح .. القتل) وحق الشخص في احترام كيانه الأدبي وذلك لمنع الإعتداء على شرفه بالسب أو القذف حتى حرمة حياته الخاصة (سرية مراسلاته و أسراره .....) وتعتبر هذه الحقوق حقوق أساسية لا يمكن أن يعيش الانسان بدونها فتثبت لكل الأشخاص و هي ترتبط بالانسان مما يجردها من طابعها المالي فتعتبر حقوق غير مالية [هناك اتجاه قال بمالية هذه الحقوق لكنها غير مالية لأن أثارها فقط مالية حيث لا يجوز التنازل أو التصرف أو التعامل في هذه الحقوق] ويترتب على ارتباط هذه الحقوق بالشخص وانقضائها بوفاته فهي لا تنتقل للورثة.

وإستثناء يخلف الورثة مورثهم في سلطات حقه المعنوي مثل حق المؤلف و لايرد على هذه الحقوق التقادم المسقط و التقادم المكسب, كما أن هذه الحقوق لا تسقط عن صاحبها بعدم استعمالها .

ثانيا : الحقوق المدنية الخاصة :

وهي نوع من الحقوق المدنية تقررها و تحميها نصوص القانون الخاص , فهي قدرات قانونية يخولها القانون للأفراد ولكنها تختلف من شخص لآخر , فمعيار التفرقة بين الحقوق العامة والخاصة هو أن الحقوق الخاصة تثبت للأشخاص بأقدار متفاوتة و يرجع هذا الإختلاف في الحقوق الخاصة من فرد لآخر حيث أنها تقوم أحينا على أسس عائلية و أحيانا تقوم على أسس الذمة المالية لكل فرد على حدى .

1- الحقوق العائلية : (حقوق الأسرة)

وهي الحقوق التي تثبت للشخص بصفته عضوا في أسرة معينة لتنظيم علاقاته بأسرته كحق الزوج على الزوجة أن تطيعه وفي المقابل حق الزوجة على زوجها بتوفير وسائل العيش لها .

وحق الأب في تأديب ابنه وحق الابن على أبيه في الرعاية والنسب والنفقة فهذه الحقوق في أغلب الأحيان لا تثبت لأصحابها لتحقيق مصلحة شخصية ولكنها تسعي لتحقيق مصلحة الأسرة بصفة عامة , لهذا سميت بحقوق الأسرة , وتستهدف حماية قيم معنوية تسمو على الأمور المادية ولا تقبل أن تقوم بالمال أي خارجة عن دائرة التعامل , ولا تغير من طبيعة حقوق الأسرة لانها تؤدي لاكتساب حقوق مالية بطبيعتها ثابتة (غير مالية) أما اذا أدت لكسب مالي فهذا الأثر من أثارها.

2- الحقوق المالية :

وهي الحقوق التي تحقق لأصحابها مصالح يمكن تقويمها بالمال وتنتقل من صاحبها لغيره ويمكن أن تكتسب أو تسقط بالتقادم و يمكن الحجز عليها وفاءا لديون صاحبه .

أ) الحقوق العينية :

الحق العيني هو سلطة مباشرة يقررها القانون لصاحب الحق على شيء مادي (عقار أو منقول) , فيكون لصاحبه الحق في استعماله مباشرة دون الحاجة لتدخل شخص أخر يمكنه من استعمال حقه , فلا يوجد بوجود وسيط بين صاحب الحق والشيء محل الحق (عكس الحقوق الشخصية) التي يكون لشخص معين سلطة على شيء محدد ولكن سلطته على ذلك الشيء تكون غير مباشرة بمعنى أنه لابد من توسط شخص آخر و هو المدين بالحق , ويطلق على هذه الحقوق تسمية الحقوق العينية لانها متعلقة بالعين أو شيء مادي وعناصر الحق العيني هي :

الشخص صاحب الحق.

الشيء موضوع الحق.

سلطة مباشرة لصاحب الحق على الشيء محل الحق.

01 -الحقوق العينية الأصلية :

وهي كما سبق القول حقوق لها وجودها المستقل , فهي لا تتعلق بأي حق آخر . و هي كالآتي :

- **حـــق الـمـلـكـيـة :**

وهو من أهم و أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقا و الحقوق العينية الأخرى هي فروع مشتقة منه و هو الحق الذي يخول أو يمنح لصاحبه سلطة كاملة على الشيء تمكنه من استعماله و استغلاله والتصرف فيه, فحق الملكية حق إذا يخول لصاحبه جميع المزايا التي يمكن الحصول عليها من الشيء فالمالك ان يستعمل الشيء أو يستغله أو يتصرف فيه فحق المليكة حق جامع إذا يخول لصاحبه جميع المزايا التي يمكن الحصول عليها من الشيء .

الإستـعـمـال : هو استخدام الشيء فيما أعـد له باستثناء الثمار كالسكن.

الإستــغـلال : هو القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء فاستخدام منزل للسكن فهو استعمال له , أما تأجيرها فهو استغلالها لها .

الـتــصــرف : للمالك الحق في التصرف كالهدم مثلا وإما أن يكون التصرف قانوني كالبيع مثلا .

حـق الملكـية هو حق مؤبد و دائم بمعنى أنه يدوم بدوام الشيء .

في حالة اقترن عدم استعمال حق الملكية بحيازة الشيء من طرف الغير وتوافرت لهذا الغير شروط التقادم, الأصل أن تثبت ملكية الشيء لمالك واحد , ولكن يمكن أن تثبت ملكية شيء لعدة ملاك في نفس الوقت حيث يكون لكل منهم حصة حسابية في الملكية فالربع أو الثلث أو النصف أو ....
فيمتلكونها على الشيوع (كما هو الحال بالنسبة لحصص الورثة) .

ويرد على حق الملكية بعض القيود و منها أساسا ما نصت عليه المادة 690 من القانون المدني الجزائري
.

تنص المادة 690 من ق-م-ج : » يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة، أو المصلحة الخاصة »

- **حـــق الإنـــتـــفـــاع :**

وهو حق عيني يشمل الإستعمال و الإستغلال ويرد على الشيء المملوك للغير وبذلك يتجزء حق الملكية فيكون حق التصرف لشخص و تسمى ملكية الرقبة ويكون الاستغلال و الاستعمال لشخص آخر ويسمى حق الانتفاع وينتهي هذا الحق وينقضي بانتهاء الأجل المحدد له أو بموت المنتفع (المادة 852 من ق-م-ج) أو بهلاك الشيء محل الإنتفاع . (المادة 853 من ق-م-ج) كذلك ينتهي بعدم الاستعمال مدة 15 سنة وهذا ما نصت عليه (المادة 854 من ق-م-ج)ويلتزم المنتفع برد الشيء لصاحبه - مالك الرقبة- في نهاية مدة الانتفاع بها على أن يكون على الحالة الصالحة للانتفاع به يعني المحافظة عليه (المادة849 من ق-م-ج) ولايجوز للمالك أن يقوم بفعل من شأنه تعطيل حق الانتفاع أو الانتقاص منه .

- **حـــق الإســتــعــمــال و حــق الــســكــن :**

تنص المادة 855 من القانون المدني الجزائري على النحو التال : »نطاق حق الاستعمال وحق السكن يتحدد بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته لخاصة أنفسهم وذلك دون الإخلال بالأحكام التي يقررها السند المنشئ للحق .»

فحق الاستعمال يخول لصاحبه استعمال الشيء لنفسه ولأسرته لذلك يسمى الإستعمال الشخصي أي استعمال الشيء في حدود ما يحتاجه هو وأسرته لخاصة أنفسهم .

أما حق السكن فهو نوع من أنواع الاستعمال , وهو عبارة عن حق استعمال الوارد على العقارات المبنية , فاذا كان لشخص حق استعمال منزل مملوك للغير فإن حقه يقتصر على السكن فقط وليس له حق في تأجيره .

- **حــق الإرتـــفـــاق :**

تعرف المادة رقم 867 من القانون المدني الجزائري الإرتفاق بأنه : » الإرتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر ويجوز أن يترتب الإرتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال. « يقصد به هو الحق الذي يتقرر قانونا تترتب عليه بناء مصلحة أو منفعة

لعقار معين على عقار آخر يتحمل عبء المنفعة , أو هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لمالك آخر فهو يحد من منفعة العقار الخادم أو المرتفق به لمصلحة العقار المخدوم أو المرتفق .

وقد يكون حق الارتفاق عملا ايجابيا يقوم به مالك العقار المرتفق للعقار المرتفق به كما في حالة الارتفاق للمرور أو المطل , وقد يكون عملا سلبيا أي يتحتم على مالك العقار المرتفق بع الامتناع عن القيام بأعمال معينة كان يحق له في الأصل القيام بها كما في حالة الارتفاق بعدم تعرية البناء لما يتجاوز حدا معينا .

2-الحقوق العينية التبعية:

يقصد بها تلك الحقوق التي لا تقوم إلا تبعا لحق آخر, ولا يتصور قيامها مستقلة كما هو الحال في الحقوق العينية الأصلية فالحقوق العينية التبعية هي التي تستند لحق شخص تكون تابعة له و الغاية منه ضمان الوفاء بالحق الشخصي فمثلا حق (أ) في إلزام حق (ب) بأن يدفع له مبلغ من المال قد يتبعه حق عيني تبعي إذا ما قدم (ب) رهنا الي (أ) لضمان الوفاء بهذا الدين والحق العيني التبعي يتبع الحق الشخصي الأصلي في مصيره فينقضي بانقضائه .

وقد وجد نظام الحقوق العينية التبعية لأن الدائن مهدد بأمرين :

1 -إما تصرف المدين في أمواله فلا يتمكن الدائن من التنفيذ عليه .

2 -أو تعاقد المدين على ديون جديدة يزاحم أصحابها الدائن القيم و منها تصبح أموال المدين جميعها ضامنة وفاء بديونه (المادة188 من ق-م-ج) والدائنون في هذه الحالة يكونون متساويين (غرماء) ولا يمكن الاحتجاج بالقدم (تاريخ نشوء الدين) وبالتالي في حالة عدم وفاء المدين بديونه قسمت بين الدائنيين قسمة غرماء أي كل واحد منهم يستوفي حقه بنسبة قيمة دينه .

فالدائن حريص على حقه يطلب من مدينه ضمانا خاصا ويتحقق ذلك بتخصيص مال مملوك للمدين أو لغيره ضمانا للوفاء بالدين ومنه يكتسب حق الأفضلية عند التفيذ وله أن يتبع المال المخصص له في أي يد كان والتنفيذ عليه.

- **الرهــن الــرســمــي :**

عرفت المادة 882 من القانون المدني الجزائري الرهن الرسمي بأنه :

المادة 882 من القانون المدني الجزائري : » الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا،على عقار لوفاء دينه،يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في إستيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان«. فهو حق عيني تبعي يترتب على عقار معين مملوك للراهن (المدين) ضمانا للوفاء بحق الدائن المرتهن , مع البقاء هذا العقار في حيازة الراهن (المدين) , ويمكن للدائن المرتهن تتبع العقار في أي يد كان لاستيفاء حقه من ثمنه بالأفضلية على الدائنين التاليين .

وكقاعدة عامة لا يرد الرهن الرسمي إلا على عقارات وهذا ما نصت عليه المادة 01/886 من ق-م-ج والتي تنص كالاتي : » لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.»

واستثناء يرد الرهن الرسمي على بعض المنقولات التي يمكن شهرها كالسفينة .

وقد يكون العقار المرهون مملوكا للمدين نفسه أو مملوكا للغير, إذا تنص المادة 01/884 : »يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين «. كفيل عيني ويسمى الشخص الآخر بالكفيل العيني .

ويعتبر حق الدائن المرتهن في استيفاء حقه من ثمن العقار بالأفضلية هو جوهر الرهن الرسمي, ويقصد بحق الأفضلية حق الدائن المرتهن في التقدم على غيره من الدائنين العاديين, والدائنين المرتهنين , وتحدد مرتبة الدائن بالدائن الذي قيد حقه الأول . ويجب أن يوثق الرهن الرسمي في عقد رسمي وإلا كان باطلا بطلانا مطلقا .

- **الرهــن الــحـيــازي :**

نص عليه المشرع في (المادة948 من ق-م-ج) وهو حق عيني تبعي ينشيء للدائن المرتهن بموجب الاتفاق على عقار أو منقول للوفاء بحقه (المادة949 من ق-م-ج) ويتقرر على مال مملوك لمدينه أو لغيره (غير المدين) ويسمى الغير الذي يقدم ماله رهنا لدين غيره بالكفيل العيني ويخول الرهن حق الحبس

والتقدم , ويتميز الرهن أساسا بانتقال الحيازة من المدين الراهن الى الدائن المرتهن أو الى شخص ثالث يرتضيه الدائن والمدين (عكس الرهن الرسمي الذي تبقي الحيازة فيه للراهن). أي أن الرهن الحيازي يلزم الراهن بأن يسلم العقار أو المنقول المرهون الى الدائن المرتهن أو لشخص آخر (المادة951 من ق-م-ج) وللمرتهن رهنا حيازيا حق الحبس على الشيء المرهون حتى يستوفي دينه بتمامه (المادة962 من ق-م-ج) فإذا وفي المدين بالدين وجب على الدائن رد الشيء المرهون للدمين أو المالك (المادة959 من ق-م-ج) .

- **حـــق الـــتـــخـــصـــيـــص :**

حق عيني تبعي ,يتقرر ضمانا للوفاء بحق الدائن يرد على عقار أو أكثر من عقارات المدين (المادة904 من ق-م-ج), بمقتضي حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين . حكم يثبت الدين وواجب النفاذ أي (استنفاذ طرق الطعن العادية أو مشمول بالنفاذ المعجل) ويخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون (حق التقدم وحق التتبع) ويتقرر حق التخصيص بحكم من رئيس المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها العقار المملوك للمدين بناء على عريضة يتقدم بها طالب التخصيص (المادة949 من ق-م-ج) .

- **حـــق الإمـــتـــيـــاز :**

عرفت المادة 982 من القانون المدني الجزائري حق الامتياز بـ :

(المادة982 من ق-م-ج): » أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته «. جوهر حق الامتياز هو حق الأولوية للدائن

هو حق عيني تبعي يقرره القانون للدائن على مال أو أكثر للمدين ضمانا للوفاء بحق الدائن ومراعاة من القانون لصفة هذا الدين, ومصدره المباشر هو القانون وإقرار المشرع لهذه الأولوية بالنظر لصفة معينة بالحق المضمون تمليه أحيانا المصلحة العامة مثل: امتياز المبالغ المستحقة للخزينة العمومية , وأحيانا لاعتبارات اجتماعية كما هو الشأن بالنسبة للامتياز المقرر للإجراء ضمانا بحقوقهم من قبل رب العمل , وقد ترد حقوق الامتياز على جميع أموال المدين وتسمى بحقوق الامتيازات العامة (المادة984 من ق-

م–ج) كامتياز إجراء ضمانا لحقوقهم , وقد ترد حقوق الامتياز على مال معين(عقار أو منقول معين من أموال المدين) وتسمى: بالامتيازات الخاصة (المادة984 من ق–م–ج) مثل امتيازات الخاصة الواردة على المنقول امتياز صاحب الفندق على المنقولات المملوكة للنزيل . (المادة986 من ق–م–ج): » المبالغ المستحقة لصاحب الفندق بذمة النزيل عن أجرة الاقامة يكون له امتياز على الأمتعة التي أحضرها النزيل الى الفندق أو ملحقاته .»

المقطع الثاني : الـــحـــق الـــشـــخـــصـــي والحقوق المعنوية

أولا: الحق الشخصي :

يعرفه الفقهاء بانه علاقة قانونية بين شخصين بمقتضاها حق لاحدهما ان يلزم الاخر بان يؤدي له عملا او يمتنع لصالحه عن اداء عمل أو هو سلطة يقررها القانون لشخص يسمى الدائن قبل شخص اخر يسمى المدين تمكنه من الزامية باداء عمل او الامتناع عن عمل تحقيقا لمصلحة مشروعة للدائن و لا يكون لصاحب الحق بل يكون اتصاله عن طريق شخص اخر هو المدين (سلطة غير مباشرة على الشيئ محل الحق)و بهذا يختلف عن الحق العيني .ومن هذا نستنتج ان الحق من ناحية الدائن يعتبر حقا و التزاما من طرف المدين لهذا تكون العلاقة دائمة في الحقوق الشخصية قائمة بين شخصيتين قانونيتين سواء كانت اشخاص طبيعية او اشخاص اعتبارية بخلاف العلاقة في الحقوق العينية فهي تقوم بين شخصية طبيعية و الشيئ محل الحق و بالتالي فالحق الشخصي يقوم على:

طرفا الحق: الدائن صاحب الحق و المدين الملتزم به

محل الحق: وهو إما يكون بالقيام بعمل او الامتناع عنه.الالتزام بقيام بعمل اي هو عمل ايجابي مثل قيام المقاول بإقامة البناء لمصلحة الدائن .

أما الحق الشخصي الذي يكون محله امتناع عن عمل فمثلا ان يلتزم احد الرياضيين بعدم القيام بمباريات لحساب اي نادي رياضي خلاف النادي الذي تعاقد معه .او التزام التاجر بعدم منافسة او الامتناع عن منافسة من باع له المحل .

و الحقوق الشخصية لا يمكن حصرها بحسب موضوعها و لكن تحصر بحسب المصدر الذي تنشأ بمقتضاه فقد يكون مصدرها العقد مثل حق البائع في الثمن او الارادة المنفردة كالوعد بالجائزة .في حالة من يوجه وعد للجمهور بجائزة يمنحها لمن يقوم بعمل معين فإنه ملزم بإعطائها لمن قام بهذا العمل (المادة 115ق.م.ج) الـــمـــادة 115 من القانون المدني الجزائري : ألغيت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 (الجريدة الرسمية 44 ص 25) حررت في ظل الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 : "» من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم باعطائها لمن قام بالعمل , ولو

قام به دون نظر الى الوعد بالجائزة أو دون علم بها وإذا لم يعين الواعد أجلا لانجاز العمل , جاز له الرجوع في وعده باعلان الجمهور على الأيؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور «. . أو الفعل الظاهر (124ق.م.ج) المـــادة 124 من القانون المدني الجزائري : عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 (الجريدة الرسمية 44 ص 23) ""» كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه , ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض .»"

او الاثراء بلا سبب المادة (141ق.م.ج) المـــادة 141 من القانون المدني الجزائري : » " كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الاثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء .»"

كإلتزام المثري برد ما اثري به الغير بسبب او الفضالة بعمل الفضولي و مثاله إذا رأى شخص جدار يوشك ان يسقط فأقامه فيلزم صاحب الجدار بأن يرد للفضولي ما أنفقه لإقامة الجدار.

ثانيا : الحقوق المعنوية :

لا تندرج هذه الحقوق ضمن الحقوق الشخصية و لا ضمن الحقوق العينية لأنها ترد على شيئ غير مادي فمحلها شيئ معنوي و يمكن تعريف الحق العيني على أنه :"سلطة أو قدرة يقرها القانون و يحميها الشخص على إنتاجه الفكري و الذهني و البدني فيكون له الاعتبار بنسبة الانتاج إليه و يحتكر المنفعة المالية التي تتبع من الاستغلال", و لهذا فإن هذا النوع من الحقوق له طابع معنوي و اخر مالي و تنقسم لطائفتين :

-1 حق الملكية الصناعية .

2 -حق الملكية الأدبية و الفنية .

1- حـق الملـكيـة الصـنـاعيـة :

و هدف هذا الحق هو حماية رجال الصناعة و التجارة و المخترعين و يتضمن ما يلي :

براءة الإختراع: وهي شهادة رسمية تمنح للمخترع عن إبتكار جديد قابل للإستغلال الصناعي حيث يستأثر به وحده .

الرسوم و نماذج صناعية: نصت المادة الاولى من الامر المتعلق بالرسوم و النماذج"يعتبر رسم كل تركيب خطوط أو ألوان بقصد إعطاء مظهر خاص بشيئ صناعي أو خاص بصناعة تقليدية" و يعتبر نموذجا لكل شيئ قابل للتشكيل مركب بألولن او بدونها أو كل شيئ خاص بالصناعة التقليدية, يمكن إستعماله كصورة أصلية لصنع وحدات أخرى و لصاحب الرسم أو النموذج حق الاستغلال و التصرف.

العلامة التجارية أو الصناعية: في كل رمز أو إشارة يستخدمها الشخص لتمييز صناعته و خدمته عن غيرها , و يجوز لصاحب العلامة التصرف فيها لذا لها بعد مالي.

الإسم التجاري: هو الاسم الذي يطلقه التاجر على منشاته التجارية أو الصناعية و قد يكون اسم الشخص المالك للمحل التجاري أو قد يكون اسما مبتكرا (اسم رمز) حيث يتم تمييزه عن بقية المحلات التجارية وهو وجوبي لان القانون يلزم التاجر ان يكزن له اسم تجاري و لا يجوز التصرف فيه و هو عنصر من عناصر المحل التجاري.

العنوان التجاري: هو التسمية المبتكرة التي يختارها التاجر لتمييز محله عن غيره من المحلات التجارية و يختلف عن الاسم التجاري, إذ التاجر غير ملزم بإتخاذ الاسم التجاري كما أن العنوان التجاري لا يستمد من الإسم الشخصي للتاجر.

2 –حـــق الـمـلـــكـيـــة الأدبـيـــــة و الـــفـــنـيـــــة :

و هي الحق الذي بكتسبه المؤلف على إنتاجه الفكري سواء كان فنيا او ادبيا و المؤلف هو كل شخص ينتج إنتاجا ضمنيا او فكريا أيا كان نوعه و أيا كانت وسيلة التعبير عنه و يعتبر حق المؤلف من نوع خاص و له طبيعة قانونية مزدوجة, أي جانبين:

جانب معنوي أدبي: يتمثل في نسبة المؤلف إليه و أن يكون هو وحده الذي يقرر نشره من عدمه و أن يحدد تاريخ نشره أو أن يسحب مؤلفه من التداول و ترجمته , و الحق الادبي غير قادر للتعامل و لا يمكن التصرف فيه و لا يجوز الحجز عليه و لا يسقط بالتقادم.

جانب مادي مالي: يتمثل في إستفادة صاحبه ماليا من المصنف عن طريق إستغلاله و الحق في الاستفادة ماديا من نشر مؤلفه و ترجمته.

المقطع الثاني : الــــحـــق الــــشـــخـــصـــي والحقوق المعنوية

أولا: الحق الشخصي :

يعرفه الفقهاء بانه علاقة قانونية بين شخصين بمقتضاها حق لاحدهما ان يلزم الاخر بان يؤدي له عملا او يمتنع لصالحه عن اداء عمل أو هو سلطة يقررها القانون لشخص يسمى الدائن قبل شخص اخر يسمى المدين تمكنه من الزامية باداء عمل او الامتناع عن عمل تحقيقا لمصلحة مشروعة للدائن و لا يكون لصاحب الحق بل يكون اتصاله عن طريق شخص اخر هو المدين (سلطة غير مباشرة على الشيئ محل الحق)و بهذا يختلف عن الحق العيني .ومن هذا نستنتج ان الحق من ناحية الدائن يعتبر حقا و التزاما من طرف المدين لهذا تكون العلاقة دائمة في الحقوق الشخصية قائمة بين شخصيتين قانونيتين سواء كانت اشخاص طبيعية او اشخاص اعتبارية بخلاف العلاقة في الحقوق العينية فهي تقوم بين شخصية طبيعية و الشيئ محل الحق و بالتالي فالحق الشخصي يقوم على:

طرفا الحق: الدائن صاحب الحق و المدين الملتزم به

محل الحق: وهو إما يكون بالقيام بعمل او الامتناع عنه.الالتزام بقيام بعمل اي هو عمل ايجابي مثل قيام المقاول بإقامة البناء لمصلحة الدائن .

أما الحق الشخصي الذي يكون محله امتناع عن عمل فمثلا ان يلتزم احد الرياضيين بعدم القيام بمباريات لحساب اي نادي رياضي خلاف النادي الذي تعاقد معه .او التزام التاجر بعدم منافسة او الامتناع عن منافسة من باع له المحل .

و الحقوق الشخصية لا يمكن حصرها بحسب موضوعها و لكن تحصر بحسب المصدر الذي تنشأ بمقتضاه فقد يكون مصدرها العقد مثل حق البائع في الثمن او الارادة المنفردة كالوعد بالجائزة .في حالة من يوجه وعد للجمهور بجائزة يمنحها لمن يقوم بعمل معين فإنه ملزم بإعطائها لمن قام بهذا العمل (المادة 115ق.م.ج) الـمـــادة 115 من القانون المدني الجزائري : ألغيت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 (الجريدة الرسمية 44 ص 25) حررت في ظل الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26

سبتمبر 1975 : "» من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم باعطائها لمن قام بالعمل , ولو قام به دون نظر الى الوعد بالجائزة أو دون علم بها وإذا لم يعين الواعد أجلا لانجاز العمل , جاز له الرجوع في وعده باعلان الجمهور على الأيؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور «. . أو الفعل الظاهر (124ق.م.ج) المادة 124 من القانون المدني الجزائري : عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 (الجريدة الرسمية 44 ص 23) ""» كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه , ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض .»"

او الاثراء بلا سبب المادة (141ق.م.ج) المادة 141 من القانون المدني الجزائري : » " كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الاثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء .»"

كإلتزام المثري برد ما اثري به الغير بسبب او الفضالة بعمل الفضولي و مثاله إذا رأى شخص جدار يوشك ان يسقط فأقامه فيلزم صاحب الجدار بأن يرد للفضولي ما أنفقه لإقامة الجدار.

ثانيا : الحقوق المعنوية :

لا تندرج هذه الحقوق ضمن الحقوق الشخصية و لا ضمن الحقوق العينية لأنها ترد على شيئ غير مادي فمحلها شيئ معنوي و يمكن تعريف الحق العيني على أنه :"سلطة أو قدرة يقرها القانون و يحميها الشخص على إنتاجه الفكري و الذهني و البدني فيكون له الاعتبار بنسبة الانتاج إليه و يحتكر المنفعة المالية التي تتبع من الاستغلال", و لهذا فإن هذا النوع من الحقوق له طابع معنوي و اخر مالي و تنقسم لطائفتين :

1- حق الملكية الصناعية .

2 -حق الملكية الأدبية و الفنية .

1- حق الملكية الصناعية :

و هدف هذا الحق هو حماية رجال الصناعة و التجارة و المخترعين و يتضمن ما يلي :

براءة الإختراع: وهي شهادة رسمية تمنح للمخترع عن إبتكار جديد قابل للإستغلال الصناعي حيث يستأثر به وحده .

الرسوم و نماذج صناعية: نصت المادة الاولى من الامر المتعلق بالرسوم و النماذج"يعتبر رسم كل تركيب خطوط أو ألوان بقصد إعطاء مظهر خاص بشيئ صناعي أو خاص بصناعة تقليدية" و يعتبر نموذجا لكل شيئ قابل للتشكيل مركب بألولن او بدونها أو كل شيئ خاص بالصناعة التقليدية, يمكن إستعماله كصورة أصلية لصنع وحدات أخرى و لصاحب الرسم أو النموذج حق الاستغلال و التصرف.

العلامة التجارية أو الصناعية: في كل رمز أو إشارة يستخدمها الشخص لتمييز صناعته و خدمته عن غيرها , و يجوز لصاحب العلامة التصرف فيها لذا لها بعد مالي.

الإسم التجاري: هو الاسم الذي يطلقه التاجر على منشاته التجارية أو الصناعية و قد يكون اسم الشخص المالك للمحل التجاري أو قد يكون اسما مبتكرا (اسم رمز) حيث يتم تمييزه عن بقية المحلات التجارية وهو وجوبي لان القانون يلزم التاجر ان يكزن له اسم تجاري و لا يجوز التصرف فيه و هو عنصر من عناصر المحل التجاري.

العنوان التجاري: هو التسمية المبتكرة التي يختارها التاجر لتمييز محله عن غيره من المحلات التجارية و يختلف عن الاسم التجاري, إذ التاجر غير ملزم بإتخاذ الاسم التجاري كما أن العنوان التجاري لا يستمد من الإسم الشخصي للتاجر.

2 –حق الملكية الأدبية و الفنية :

و هي الحق الذي يكتسبه المؤلف على إنتاجه الفكري سواء كان فنيا او ادبيا و المؤلف هو كل شخص ينتج إنتاجا ضمنيا او فكريا أيا كان نوعه و أيا كانت وسيلة التعبير عنه و يعتبر حق المؤلف من نوع خاص و له طبيعة قانونية مزدوجة, أي جانبين:

جانب معنوي أدبي: يتمثل في نسبة المؤلف إليه و أن يكون هو وحده الذي يقرر نشره من عدمه و أن يحدد تاريخ نشره أو أن يسحب مؤلفه من التداول و ترجمته , و الحق الادبي غير قادر للتعامل و لا يمكن التصرف فيه و لا يجوز الحجز عليه و لا يسقط بالتقادم.

جانب مادي مالي: يتمثل في إستفادة صاحبه ماليا من المصنف عن طريق إستغلاله و الحق في الاستفادة ماديا من نشر مؤلفه و ترجمته.

المقطع الأول: الشخص الطبيعي

هو الانسان و تبدأ الشخصية القانونية له بولادته حيا و تنتهي بموته, فالولادة و الوفاة قاعدتان قانونيتان هامتان .

بداية الشخصية الطبيعية :

عرفت المادة 25 /01 من القانون المدني بداية الشخصية القانونية بتمام ولادته حيا و يقصد بالميلاد إنفصال المولود عن أمه إنفصالا تاما و يشترط ببدأ الشخصية القانونية و لادة الطفل حيا و لو للحظة قليلة و يمكن التعرف على حباة المولود بالصراخ و التنفس و نجد تشريعات اخرى و منها القانون الفرنسي يستلزم لثبوت الشخصية للانسان فضلا عن ولادته حيا أن يكون قابلا للحياة , و يمكن إثبات قابلية الحياة بمكافة طرق الإثبات , و يجب إثبات واقعة الميلاد في السجلات الرسمية فإنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يثبت له ما يدعيه بكافة طرق الاثبات , أما إذا ولد الطفل ميتا فلا تثبت له الشخصية القانونية.

و تطبيقا لما تقدم لا تثبت الشخصية القانونية للجنين و مع ذلك فالقانون يعترف ببعض الحقوق .الحمل(الجنين في بطن أمه) يشترط ولادته حيا و هذا ما نصت عليه المادة 02/25 فله الحق شرعا في ثبوت نسبه و هي من الحقوق المدنية العائلية إذا كان زواجه شرعيا أو إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة .

و يثبت للحمل حق في الهبة , المادة 209 قانون الاسرة, ومن البديهي أنه بولادة الجنين حيا تثبت له جميع الحقوق بإعتباره يتمتع بشخصية قانونية محدودة أما إذا ولد ميتا تزول عنه هذه الشخصية الناقصة بأثر رجعي .

- ب- إنتهاء الشخصية الطبيعية: تنتهي الشخصية القانونية للإنسان بالوفاة الطبيعية أو الحكمية.

-الوفاة الطبيعية: إذا مات الانسان إنتهت شخصيته القانونية و يجب إثبات واقعة الوفاة عن طريق السجلات المعتمدة لهذا الغرض(المادة 26ق.م.ج.) و بمكن تعريف الوفاة بتوقف القلب و الرئتين توقفا دائما و تاما و تنقضي الشخصية القانونية للإنسان بالوفاة و تنتقل الحقوق المالية للورثة الشرعيين و ذلك بعد سداد ما عليه من ديون وفقا للقاعدة الفقهية "لا تركة إلا بعد سداد الديون "

2-الوفاة الحكمية:

تنتهي الشخصية القانونية بالموت الحكمي , وهو ليس بموت طبيعي و لكن موت تقرره المحكمة بأحوال معينة و يسبق الحكم بالوفاة حكم اخر هو الحكم بالفقدان.

أ-الحكم بالفقدان: يصدر الحكم بشأن كل من الغائب و المفقود

أ-1-الغائب: هو شخص غير حاضر في محل إقامته و ليس له موقف معلوم.أو الشخص الذي تنقطع إقامته كالمهاجر إلى دولة أخرى للعمل او للدراسة او المسجون لمدة طويلة(20سنة)

و للغائب مركز قانوني خاص , فعين له مقدم بقرار قضائي لمباشرة حقوقه وإلتزاماته فترة غيابه, ذلك لان شخصيته قائمة لم تنتهي بعد, كما عرفت المادة 110 قانون الاسرة الغائب بأنه:"الغائب الذي منعته الظروف القاهرة من الرجوع إلى محل إقامته و إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة , مدة سنة , و تتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود إلا بعد مرور سنة من الغياب"

أ-2-المفقود: هو الشخص الذي غاب فترة طويلة و إنقطعت أخباره فلا يعرف ما إذا كان حيا أو ميتا, لهذا تلجأ التشريعات إلى إعتبار المفقود ميتا متى توافرت شروط معينة. و عرفته المادة 109 قانون الاسرة :"المفقود هو الشخص الغائب الذي لايعرف مكانه أحد ولا يعرف حباته أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم بالفقدان يصدر بشأنه"

مـميزات الـشخـصيـة الـطبـيعـيـة

يكتسب الشخص الطبيعي الشخصية القانونية بمجرد ولادته, وتثبت له العناصر المكونة لشخصية القانونية والتي تميز كل فرد عن غيره من أفراد المجتمع وهذه المميزات هي :

1 - الإســـــم

-2 الـحـــالـــة

-3 الأهـــلـــيـــــة

4 -الـــذمــــة الـــمـــالـــيــــة

5 -الــمـــــوطــــــــن.

أولا - االإسم : لكل شخص طبيعي إسم يميزه عن غيره و للإسم معنيان إسم شخصي و هو ما يتعين به الإنسان تعينا خاصا.

اللقب و هو إسم العائلة و لقب الشخص يلحق بأبنائه .

تنص المادة 28-01 ق,م,ج " يجب أن يكون لكل شخص لقب و إسم فأكثر ,و لقب الشخص يلحق بأولاده. "

و هناك أسماء أخرى للإسم يحميها القانون إذا استعملت بصفة مستمرة منها اسم الشهرة و هو الإسم المستعار , و هو نوع من أسماء الشهرة يطلقه الشخص على نفسه لإخفاء شخصيته , مع ملاحظة ان اسم الشهرة و الاسم المستعار لهما صفة فردية مقصورة على أصحابه فلا يكسبه لأولاده.

و الاسم التجاري هو إستخدام التاجر إسما يمارس به تجارته و هو عنصر من عناصر المحل التجاري و قابل للتصرف فيه.

كيفية إكتساب الاسم العائلي : يتم ذلك:

1 -النسب:

يختار ضابط الحالة المدنية اسم للقيط المولود لشخصين مجهولين .

ملاحظة :

عند الدول الأوروبية عند الزواج تكتسب الزوجة الإسم العائلي للزوج , و لكن الحال يختلف في الدول العربية حيث لا ينص القانون على ذلك و لكن جرى العرف على جواز استخدام المرأة للقب زوجها.

كيفية إكتساب الإسم الشخصي:

أما فيما يخص الاسم الشخصي فإنه يختار للشخص عادة من طرف أبويه و يجب أن يكون الاسم من الأسماء الجزائرية بإستثناء الأولاد المولودين من أبوين أجنبيين.

ملاحظة :

يجوز للشخص تغيير اسمه و لقبه و فقا لإجراءات معينة و لا بد أن يقرر ذلك لسبب معروف

يترتب على كون الاسم حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية بأنه لا يجوز للشخص التصرف فيه , لا يسقط بعدم الإستعمال , و لا يكتسب بالتقادم.

حماية الاسم يحظى الاسم بحماية قانونية قررها المشرع و يكون في حالتين :

- إنتحال للاسم دون مبرر.
- منازعة الغير في استعمال الاسم.

فإذا انتحل احد اسما دون حق أو نازع أحدا فيه كان لصاحب الاسم أن يطلب وقف الإعتداء مع التعويض عما لحقه من ضرر , مادة 48 ق,م,ج .

و إنتحال الاسم هو أن يتسمى شخص بإسم شخص اخر دون أن يكون له هذا الاسم في الاصل.

و المنازعة في الاسم هو أن يدعي شخص إنتفاء حق الشخص الاخر في أن يسمى بهذا الاسم.

الطبيعة القانونية للاسم :

إختلفت الاراء في ذلك حيث راى بعض الفقهاء أن للشخص حق ملكية على اسمه و أخذت بذلك محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر في 25-10-1911.

غير أن أغلب الفقهاء ينتقدون هذا الرأي بأن حق الملكية لا يقع إلا على شيئ قابل للتقويم (التعامل المالي) و يجوز التنازل عنه و التصرف فيه للغير , و الاسم يفتقد لهذه السمات

و ذهب رأي آخر بأن إتخاذ شخص لاسم ما هو إلا مجرد نظام إداري إقتضته الدولة منعا للخلط بين الأفراد.

و ذهب رأي اخر بأن الاسم ماهو إلا حق من حقوق الأسرة , و انتقد هذا الرأي على أساس أن اللقيط هو مجهول الأبوين يتمتعان بإسم رغم عدم إنتمائهما لأسرة.

و هناك من رأى أن الاسم حق وواجب في نفس الوقت فهو ذو طبيعة مزدوجة.

ثانيا – الحالة :

البعض يعبر عنها بالحالة و البعض يعبر عنها بالحالة الشخصية للإنسان و يقصد بها الحالة المدنية للشخص من حيث علاقته بأسرته (الحالة العائلية) و علاقته بدولته (الحالة السياسية) و إرتباطه بعقيدته (الحالة الدينية) .

1 –الحالة الدينية:

يترتب عادة على إنتماء الشخص إلى أسرة معينة إعتناقه دين هذه الأسرة و ليس للدين في الدول الأوروبية من أثر بالنسبة لحياة الشخص من الناحية القانونية , إذ أن القانون الوضعي يطبق على الجميع دون تفرقة بينهم على أساس الدين , و لكن في بعض الدول الإسلامية و منها الجزائر يكون للدين أثر على الأحوال الشخصية (الزواج , الطلاق , ...)

2 – الحالة السياسية :

من عناصر حالة الإنسان رابطة إنتمائه لدولة معينة و هي ما يعبر عنها برابطة الجنسية , و الجنسية رابطة قانونية بين الشخص و دولة معينة بمقتضاها يعتبر أحد أفرادها و يترتب على حمل الفرد لجنسية الدولة أن يتمتع بالحقوق السياسية و أن يتمتع بالواجبات الوطنية .

و تثبت الجنسية الأصلية إما بحق الدم أو بحق الأقليم أو بالحقين معا , و يقصد بحق الدم أن يحمل الإبن دائما جنسية والديه أو أحدهما (أصوله) سواء ولد الإبن في الوطن أو خارج الوطن . (المادة 06 قانون الجنسية أمر 07-86) . الولد المولود من أب جزائري , الولد المولود لأم جزائرية , و يقصد بحق الإقليم أن تثبت الجنسية لكل من يولد على إقليم الدولة بناء على نصوص قوانينها بغض النظر عن جنسية والديه .

إذا ثبتت الجنسية منذ الولادة تكون جنسية أصلية أما إذا إكتسبها بعد الميلاد فتكون جنسية مكتسبة (بطريق التجنس أي إقامة لمدة معينة في دولة معينة).

قد لا تكون للشخص أي جنسية مثل التجريد من الجنسية أو عدم إكتساب الجنسية و قد تكون للشخص عدة جنسيات.

اثار الجنسية :

إن الحقوق السياسية تقتصر على المواطنين كحق الإنتخاب و تولي الوفاق عامة و له واجبات مثل : اداء الخدمة الوطنية , و الدفاع عن الوطن.

3 – الحالة العائلية :

القرابة نوعان قرابة مصاهرة و قرابة نسب:

1 –قرابة نسب :

تنص المادة 32 قانون مدني على أن : " تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه , و يعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد . "

و قرابة النسب تتكون إما من قرابة مباشرة أو قرابة حواشي .

أ– القرابة المباشرة:

و تربط الأصول بالفروع و قد نصت المادة 33-01 قانون مدني : " القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول و الفروع " و يراعى في الحسبان درجة القرابة بإعتبار كل فرع درجة صعودا مع عدم إحتساب الأصل , فالإبن يعتبر قريب من الدرجة الأولى لأبيه و إبن الإبن قريب للجد من الدرجة الثانية .

ب– قرابة الحواشي :

و هي التي تربط بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل واحد دون ان يكون أحدهما فرعا للأخر مثل قرابة إبن الأخ الشقيق للعم ...

تنص المادة 33-02 : " قرابة الحواشي هي الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون ان يكون أحدهم فرعا للأخر " . و لقد بينت المادة 34-01 قانون مدني كيفية حساب درجة القرابة إذ نصت على أنه : " يراعى في ترتيب درجة القرابة المباشرة ,

إعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل ما عدا هذا الأصل , و عند ترتيب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ثم نزولا منه إلى الفرع الاخر , و كل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة . "

2 –قرابة المصاهرة :

القرابة الناشئة من الزواج هي القرابة الزوجية بين الزوجين , و هي الصلة التي تربط احد الزوجين و أقارب الزوج الأخر , و يعتبر أقارب أحد الزوجين بنفس القرابة و الدرجة للزوج الاخر .

ثالثا – الأهلية

للشخص أهليتين يكتسب الأولى و هي أهلية وجوب بمجرد الميلاد و هي صلاحيته لكسب الحقوق و تحمل الإلتزامات , و أما أهلية الأداء فيكتسبها في وقت لاحق و هي صلاحيته مباشرة التصرف القانوني الذي بنشأته يكسبه الحق و يحمله الإلتزام , و هي تمر بمراحل معينة كما ترتبط بعدم إصابة الشخص بعائق .

1 – أهلية الوجوب :

يمكن تعريفها بأنها : " صلاحية الشخص في إكتساب الحقوق و تحمل الإلتزامات و هي تثبت لكل شخص طبيعي منذ ولادته إلى حين وفاته , و هي تثبت للجنين في بطن أمه و لكنها ناقصة , لإقتصارها على بعض الحقوق دون الأخرى مثل الإرث و الوصية و بعد الولادة تثبت للشخص أهلية و جوب كاملة فهي مرتبطة بالشخص القانوني , فيكون له أن يكتسب كل الحقوق و يتحمل كل الإلتزامات كقاعدة عامة إستثناء لما منعه القانون بنص خاص فتكون له أهلية وجوب ناقصة في إكتساب بعض الحقوق .

مثال :

تنص المادة 402 التي لا تجيز للقضاة و الموثقين شراء الحقوق المتنازع عليها , إذا كان النزاع يدخل في إختصاص المحكمة التي يباشرون في دائرتها عملهم .

فأهلية الوجوب مناطها الحياة ,فكل إنسان حي تكون له أهلية وجوب كاملة.

2 – أهلية الأداء :

هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه بنفسه , التصرفات القانونية كأهلية الشخص بأن يبيع ماله أو يرهنه أو يؤجره فهي صلاحية الشخص لإعمال إرادته إعمالا من شأنه ترتيب الأثر القانوني .

و أهلية الأداء تفترض أهلية الوجوب الإبتدائي , و هي تتوفر لكل شخص لديه قدر من التمييز و الإدراك , يجعله قادرا عن التعبير عن إرادته تعبيرا منتجا للأثر القانوني فمناطها التمييز و الإدراك و حرية الإرادة .

و مجال أهلية الأداء هو إبرام التصرفات القانونية سواء كانت تبادلية كالبيع و الإيجار أو التصرفات بإرادة منفردة كالتبرع و الوصية لأن هذه التصرفات جميعها و قوامها إرادة الإنسان و تتدرج الأهلية من إنعدام إلى نقص إلى كمالة .

أ – إنعدام الأهلية : (الصبي غير المميز)

كل شخص دون 13 سنة يعتبر غير مميز أو فاقد التمييز , و لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية بنفسه لصغر سنه , فهو عديم أهلية الأداء , و لا يعد أهلا لمباشرة أي تصرف حتى و لو كان نافعا له نفعا محضا , و هذا ما نصت عليه المادة 42 مدني : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا التمييز لصغر سنه ..." فكل العقود التي يبرمها تكون باطلة بطلانا مطلقا .

ب – نقصان الأهلية : (ناقص أهلية الأداء)

كل شخص بلغ 13 من عمره و لم يبلغ 19 من عمره يعتبر مميزا , و تنص المادة 43 من قانون المدني : " كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد ... يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون. "

-إن الصبي غير المميز لا يباشر حقوقه و إلا كانت تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا و إنما يباشرها عنه الولي أو الصبي أو القيم .

-اما الصبي المميز (13 - 19) سنة فيعتبر ناقص الأهلية و تخضع تصرفاته لقاعدة مؤداها :

يستطيع نا قص الأهلية مباشرة التصرفات النافعة له نفعا محضا كقبول الهبة أو الوصية

و يمتنع عليه مباشرة التصرفات الضارة به ضررا محضا , كالتبرع و الهبة أو الوصية الصادرة منه تعتبر باطلة بطلانا مطلقا.

أما التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر كالبيع و الإيجار فتكون قابلة الإبطال لمصلحة ناقص الأهلية .

و يلاحظ أن القاصر قد يرشد للقيام ببعض التصرفات فتكون تصرفاته هذه صحيحة و تنص المادة 38-02 على ما يلي : " ... و مع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ثمانية عشر سنة و من هو في حكمه موطنا خاصا بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها " (التصرفات في حدود ضيقة) , و يجوز للقاصر المميز غير البالغ .

ج- كمال الأهلية :

يعتبر الشخص الذي بلغ 19 سنة كامل الأهلية لإرادة أمواله و التصرف فيها كما شاء , يشترط تمتعه بقواه العقلية .

6 - عوارض الأهلية:

إذا بلغ الصبي سن الرشد فإن الولاية تنقضي و يمنحه القانون أهلية أداء كاملة ما بقي حيا ما لم يلم به عارض من عوارض الأهلية و التي تعتبر أمور تصيب البالغ و يكون من شأنها أن تعدم أهليته أو تنقصها و تنقسم عوارضه الأهلية بحسب طبيعتها لعوارض تصيب العقل و هي الجنون و العته و أخرى تلحق تدبيره و هي السفه و الغفلة.

1 - الجنون و العته:

كلاهما يصيب العقل و يعدم الإدراك و التمييز غير أن الجنون يكون مصحوبا بحالة إضطراب و بذلك يختلف المجنون عن المعتوه .

و يعرف رجال القانون الجنون بأنه المرض الذي يصيب العقل فيفقده و يعدمه التمييز أما العته فهو الخلل الذي يصيب العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنون فيجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم.

-و نجد أن فقهاء الشريعة يفرقون بين الجنون المستمر و المتقطع في حين أن المشرع لم يفرق بين الحالتين لمعوبة الإثبات .

تنص المادة 101 من قانون الأسرة : " من بلغ سن الرشد و هو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه . "

و تنص المادة 107 : " تعتبر تصرفات المحجور عليه باطلة ,و قبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة و فاشية وقت صدورها . "

فهنا نفرق بين تصرفات المجنون و المعتوه قبل و بعد الحجر :

التصرفات السابقة للحكم بالحجر:

إذا كانت حالة الجنون أو العته غير ظاهرة أو شائعة وقت التعاقد أي أن غالبية الناس لا تعرف بهذه الحالة تعتبر تصرفاته صحيحة .

أما إذا كانت هاتين الحالتين شائعتين أي إذا كان المتعاقد معه على بينة من أمره فإن تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا .

التصرفات اللائحة بعد الحجر:

يكون طلب الحجر بناء على طلب أحد الأقارب دون توضيح و تحديد هؤلاء الأقارب أو من له مصلحة أو من النيابة العامة . (المادة 102 قانون الأسرة) .

و إنطلاقا من المادة 107 فكل تصرفات المجنون و المعتوه باطلة بعد الحكم بالحجر .

ملاحظة:

تنص المادة 108 يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناءا على طلب المحجور عليه .

2 –السفه و الغفلة:

هذه العوارض لا تصيب العقل و لكن تصيب تدبير الشخص .

أ– السفيه:

هو الشخص الذي يعرض نفسه و أسرته للإعسار أو الذي ينفق ماله في غير أوجه للشرع (يبذر امواله) .

ب– ذي الغفلة:

هو الشخص كامل العقل و لكنه طيب القلب لحد الغفلة .

تنص المادة 43 : كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص أهلية وفقا لما قرره القانون . "

فنجد أن القانون المدني إعتبر السفيه و ذي الغفلة من ناقصي الأهلية كالصبي المميز , فتبطل تصرفاتهم الضارة ضررا محضا بطلانا مطلقا , و تصح تصرفاتهم النافعة نفعا محضا و تكون تصرفاتهم الدائرة بين النفع و الضرر قابلة للإبطال بالنسبة لهم فقط .

–موانع الأهلية :

هناك ظروف تمنع الشخص من ممارسة تصرفاته القانونية :

أ– الحكم بعقوبة جنائية:

نص قانون العقوبات في المادتين 06 و 07 على حرمان المحكوم عليه في أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية (عقوبة جنائية) كالإعدام أو السجن المؤبد أو المؤقت بمباشرة حقوقه المالية و أن تكون إدارة أمواله طبقا لنفس الأوضاع المقررة لحالة الحجر القضائي

فهذه العقوبات تعد مانعا من ممارسة أهلية الأداء , و تكون تصرفات المحكوم عليه باطلة بطلانا مطلقا حيث يعين مقدم لإدارة أمواله .

ب – الحكم بشهر الإفلاس:

الناتج عن توقف التاجر لدفع ديونه و عدم قدرته على ذلك يؤدي للتعيين الإجباري لوكيل التفلسة و يتولى هذا الأخير بإدارة أموال المفلس.

ج – إجتماع عاهتين:

المادة 80 قانون مدني : " إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أبكم و تعذر عليه بسبب تلك العاهة هاتين العاهتين التعبير عن إرادته , جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته . "

و منه إذا إجتمعت في الشخص عاهتين على الأقل و تعذر عليه بسببهما التعبير عن إرادته يجوز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يساعده في تصرفاته .

و تكون التصرفات الصادرة عنه قبل ان يعين له المساعد القضائي صحيحة أما بعد قرار تعيين مساعد قضائي فتكون قابلة للإبطال لمصلحته .

ملاحظة :

تنص المادة 81 قانون الأسرة : " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو الجنون أو العته أو السفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون . "

أ – الولاية :

تنص المادة 87 قانون الأسرة : " يكون الأب وليا على أولاده القصر و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا " . و لا يجوز للأبوين التنازل أو التنحي عن الولاية , و الولاية شخصية لا تنتقل للورثة .

و تكون الولاية شاملة لكل أموال القاصر .

المادة 88 قانون الأسرة : " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر و تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام . "

أشارت المادة 91 بإنتهاء الولاية ببلوغ القاصر سن الرشد بعجزه أو موته او الحجر عليه أو إسقاط سلطته .

ب – الوصاية : (92 – 98 قانون الأسرة)

يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو يثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية و إذا تعدد الأوصياء للقاضي إختيار الأصلح منه (مادة 92 قانون الأسرة) و يشترط في الوصي حسب المادة 93 : أن يكون مسلما عاقلا بالغا أمينا , قادرا حسن التصرف , و للقاضي عزله إذا إنعدمت الشروط المذكورة .

و يكون للوصي نفس سلطة الولي في التصرف (المادة 95) . و تنتهي مدة الوصي حسب المادة 96 بموت القاصر أو زوال أهلية الموصي أو موته , و ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم بالحجر عليه , و بإنتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها , و بقبول عذر المصي بالتخلي عن الوصاية , أو بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر .

المادة 97 : " على الوصي الذي إنتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهدته و يقدم عنها حسابا بالمساندات إلى من أولى إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ إنتهاء مهمته و أن يقدم صورة للحساب المذكور للقضاء " . و تنص المادة 98 : " و في حالة وفاة الموصي أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر إلى المعني بالأمر "

يكون الوصي مسؤولا عما يلحق أموال القاصر من ضرر .

ج – المقدم :

إذا لم يكن لفاقد الأهلية و لي أو وصي تقوم المحكمة بتعيين مقدم بناءا على طلب احد الأقارب أو من له مصلحة أو النيابة العامة (المادة 99 قانون الاسرة) و تطبق على القيم نفس الاحكام التي تطبق على الوصي (المادة 100 قانون الأسرة) .

رابعا – الموطن :

هو المقر القانوني للشخص أو هو المكان الذي يعتبر القانون أن الشخص موجود فيه , وهو أحد مميزات الشخصية الطبيعية ذلك أن لكل شخص موطن .

أ – أهمية الموطن :

تظهر في المرافعات (الدعاوى القضائية) حيث يعتد به حين إعلان الأوراق القضائية التي يلزم إعلانها للشخص

يتحدد الإختصاص القضاء الإقليمي في النظر للدعاوي بالمحكمة التي يوجد بدائرة إختصاصها موطن المدعى عليه.

ب – كيفية تحديد الموطن :

إختلف الفقه في كيفية تحديد الموطن حيث نجد نظريتين:

– 1 موطن حكمي : يعتبر الموطن هو المكان الذي يوجد فيه المقر الرئيسي لأعمال الشخص و مصالحه و هذا ما عمل به القانون الفرنسي , (102 قانون مدني) فهو لا يعتد في الموطن بالإقامة و لكن يعتد بمركز العمل الرئيسي فجعله حكما هو الموطن القانوني للشخص ويؤدي الأخذ بهذا المذهب بوحدة الموطن .

و قد يكون الموطن القانوني على هذا الإعتبار هو محل عمله الرئيسي و محل إقامة الشخص في مكان اخر , و هنا تحدث صعوبة تحديد الموطن , ففي القانون الفرنسي إذا قاضى شخص شخصا و أعلنه في محل إقامته على أنه موطن كان الإعلان باطلا .

ونظرا لصعوبة تحديد مركز العمل الفرنسي عمدت المحاكم . ق الأخذ بفكرة الموطن الظاهر , ملتمسة العذر للغير إذا إعتقد بحسن النية أن موطن الشخص هو حيث يقيم يعتبر الإعلان صحيح .

–2 نظرية الموطن كتصور واقعي :

يتحدد الموطن بالمكان الذي يقيم فيه الشخص عادة و موطن الشخص حسب هذا المذهب هو الإقامة الفعلية و نجد عنصرين:

–عنصر مادي : و هو الإقامة الفعلية .

–عنصر معنوي : و هو نية الإستقرار .

و على هذا الأساس فليس للبدو الرحل و المتشردين موطن إذ ليس لديهم نية الإستقرار في مكان معين و يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن.

و قد اخذ المشرع الجزائري كقاعدة عامة للموطن الموقعي أي الإقامة الفعلية إذ تنص المادة 36 مدني : " موطن كل جزائري و المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي و عند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن . "

ج – أنواع الموطن :

ينقسم لموطن عام و موطن خاص :

فالعام هو الموطن الذي يعتد به القانون بالنسبة لنشاط الشخص و أعماله بوجه عام أما الخاص فهو يتعلق بنشاط معين و علاقة معينة فقط.

1 – الموطن العام :

الأصل ان الشخص يختار موطنه بنفسه إلا أنه في بعض الأحيان قد يلزم القانون بعض الأشخاص بإتخاذ موطن معين .

أ – موطن قانوني أو إلزامي :

في بعض الأحيان يحدد المشرع موطن الشخص حتى و لو لم يكن الشخص مقيما في ذلك المكان أصلا , مثل : المادة 38 مدني : " موطن القاصر و المحجور عليه و المفقود و الغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا . "

ب – موطن عام إرادي :

وهو المكان الذي يختاره الشخص ليقيم فيه و يباشر فيه جميع تصرفاته و يتحدد حسب المادة 36 ق م ج على أساس محل سكناه الرئيسي أو مكان إقامته .

2 – موطن خاص :

و هو الذي يقتصر الشخص فيه على ممارسة معاملات معينة و محدودة . مادة 37 مدني : " يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة للمعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة " , فيكون الشخص الذي يحترف التجارة أو الحرفة موطن لتجارته أو أعماله , و يحتفظ التاجر أو الحرفي بالنسبة للأعمال القانونية الأخرى التي تتعلق بتجارته أو حرفته .

3 – الموطن المختار :

أحيانا يختار الشخص مكانا معينا كموطن له و هو بصدد القيام بإجراءات قضائية أو تنفيذ عمل معين و غالبا ما يكون الموطن المختار خلاف الموطن العام العادي للشخص و ليس الموطن الخاص بتجارته و أعماله (المادة 39 – 01 مدني) : " يجوز إختيار موطن خاص لتنفيذ عمل قانوني معين " و يتم إختيار هذا الموطن إما بمقتضى عقد أو بالإرادة المنفردة و يحتفظ الشخص بالموطن العام بالنسبة للتصرفات الاخرى .

مثال : ان يختار شخص مكتب محاميه كموطن له مختار بالنسبة لعمل قانوني معين و يثبت إختيار الموطن بالكتابة إلزاميا (39 – 02 مدني) .

خامسا – الذمة المالية :

من مميزات الشخصية الطبيعية نجد الذمة المالية و يمكن تعريفها بأنها مجموع ما للشخص من حقوق و ما عليه من إلزامات مالية الحاضرة و المستقبلية أو بتعبير اخر هي حاصل جمع الحقوق المالية و الإلتزامات المالية للإنسان .

فالحقيقة تمثل عنصر إيجابي للذمة المالية (مثلا الحقوق المالية العينية و الشخصية , ...) أما الإلتزامات فتمثل الجانب السلبي لها (ديون) و هي تدوم بدوام الشخص .

أ – أهمية الذمة المالية :

تتمثل في توفير ضمان للدائنين فلم يعد المدين يلزم جسمانيا بالوفاء , و أموال المدين جميعها ضمانا للوفاء بديونه (188 مدني): " اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه و في حالة عدم وجود حق الأفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان . "

و يلاحظ أن حق الضمان العام لا يمنع المدين من التصرف في أموال كيف ما شاء في فترة ما بين نشوء الدين و حلول أجل الوفاء به , و يمكن للدائن اللجوء لأحد الدعاوي التالية لحماية حقه و هي :

– 1 الدعوى غير المباشرة : (دعوى الحلول)

إذا قصر المدين في المطالبة بحقوقه المالية في مواجهة الغير يستطيع الدائن الحلول محله بإعتباره نائبا عنه و يدخل ما ينتج عن إستعمال هذه الدعوى في أموال المدين .

2 – الدعوى الصورية :

و هي الدعوى التي يرفعها الدائن في حالة قيام المدين بتصرف صوري و للدائن إثبات الصورية و له أن يتمسك بالعقد الصوري إذا بيعا يخفي هبة مستترة مثلا .

– 3 الدعوى البورصية :

نسبة للإمبراطور بورص و تسمى كذلك دعوى عدم نفاذ التصرف و يطلب الدائن بموجبها ان لا يرد عليه التصرف , عدم نفاذ الذي قام به المدين غشا أو إضرارا لمصلحته و يترتب عليها ان يعود الحق المتصرف فيه إلى ذمة المدين 191 مدني .

ب – علاقة الشخصية القانونية بالذمة المالية :

1 – النظرية التقليدية : الشخصية

و تنطلق من أن الذمة المالية من المظهر المالي للشخصية القانونية فلا شخص بغير ذمة مالية و لا ذمة مالية بغير شخص .

و مقتضى هذه النظرية أن لكل شخص حتما ذمة مالية لأن الذمة المالية مجموعة الحقوق و الإلتزامات التي تثبت للشخص حاضرا أو مستقبلا .

كما أنه ليس للشخص غير ذمة مالية واحدة , فالذمة المالية لا تتعدد , حيث لا نستطيع فصل بعض عناصر الذمة المالية و إخضاعها لنظام خاص أو عدم قابلية الذمة المالية للتصرف فيها أو التنازل عنها فهي وعاء إفتراضي يشمل الحقوق و الإلتزامات معا , فيمكن التصرف في عناصر فرادى دون أن يؤثر ذلك على كيان هذا المجموع (الذمة المالية) .

– نقد : إنتقدت هذه النظرية بشدة و ذلك لربطها بين الذمة المالية و الشخصية القانونية لحد يصعب

الفصل بينهما و يترتب على الذمة المالية الاثار المترتبة على الشخصية القانونية , بينما الواقع مخالف لذلك إذ يمكن تجزئة الذمة المالية و أن يخصص مال معين لإلتزامات معينة فيكون للشخص أكثر من ذمة مالية كالشريك في شركة مساهمة فتمثل حصته في الشركة من مالية مستقلة عن ذمة الخاصة

2 – النظرية الحديثة : أو نظرية التخصيص

يعرف الفقهاء الألمان الذمة المالية بأنها مجموعة من الأموال مخصصة لتحقيق غرض معين و لذا تسمى بنظرية ذمة التخصيص , و مؤداها أن يرتبط و جود الذمة المالية بوجود الشخصية , (تنكر فكرة الشخصية المعنوية) , و طبقا لهذه النظرية إذا رصد شخص مجموعة من أمواله لغرض معين نشأت بذلك ذمة مالية مستقلة عن ذمته الأولى .

تتعدد الذمة المالية للشخص الواحد تبعا لتخصيص مجموعات معينة من أمواله لأغراض مختلفة و تكوون كل ذمة مستقلة عن الأخرى , و منه يترتب عن هذه النظرية :

1 – قابلية الذمة المالية للإختصاص .

2 – أنه يمكن أن توجد ذمة مالية بدون شخص في حالة وجود مجموعة من الأموال لتحقيق غرض معين .

نقد : أنتقدت على أساس أنه لا يمكن وجود ذمة مالية دون وجود شخص طبيعي او معنوي

موقف المشرع :

يأخذ المشرع الجزائري أصلا بالنظرية الشخصية فلا يمكن أن توجد ذمة مالية دون وجود شخص معين و كذلك تعتبر جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه ,و لكن نجد المشرع الجزائري أخذ بنظرية التخصيص . مثال : تتحد مسؤولية الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة و في شركة المساهمة يقدر صحته في الشراكة , فلا يجوز لدائن الشركة التنفيذ على الذمة المالية الخاصة لهذا الشريك .

المقطع الثاني: الشخص المعنوي

كان الإنسان في العهود القديمة هو الذي يكون طرفا إيجابيا أو سلبيا في الحق , و منه كانت أطراف الحقوق هي أشخاص طبيعية , و لكن مع تقدم المجتمعات البشرية في العصر الحديث شعر الإنسان بأنه عاجز عن القيام بمشروعات كبيرة بمفرده و لابد له لكي يحققها من الإنظمام لمجموعة من الأفراد الاخرين يساهمون معه بجهودهم الشخصية و أموالهم .

و بإنظمام الأشخاص الطبيعية و بتكتل أموالهم كان لا بد لمجموعة من الأموال و لمجموعة من الأشخاص أن تدخل الحياة القانونية في المجتمع تارة كأطراف إيجابية لها حقوقها و تارة كأطراف سلبية عليها إلتزامات و من المنطقي ان مجموعات الأشخاص أو الأموال لا يتسنى لهما ممارسة حقوقها أو اداء إلتزاماتها إلا إذا كانت لها الشخصية القانونية المستقلة عن الأفراد المكونين لها و إلتزاماتهم .

لذلك تعترف القوانين الحديثة بتكتلات الأفراد و الأموال بالشخصية القانونية المستقلة عن شخصية المكونين لها حتى تتمكن من ممارسة نشاطها القانوني بوصفها شخصا قانونيا مستقلا .

تعريف الشخصية الإعتبارية :

يمكن تعريفها بأنها : " مجموعة من الأشخاص أو الأموال التي تهدف لتحقيق غرض معين و يعترف لها القانون بالشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق ذلك الغرض " . و يسمى بالشخص المعنوي , لأن ليس له كيان مادي ملموس دائما فهو موجود معنويا فقط .

ومن التعريف السابق للشخص الإعتباري يمكن إستخراج ثلاثة عناصر :

- الشخص الإعتباري يتميز بشخصية قانونية مستقلة عن الأشخاص المكونين لها .
- الشخص الإعتباري يتكون من مجموعة أشخاص أو مجموعة أموال أو بإتحادهما معا .
- تحقيق غرض معين و على ضوء هذا الغرض يتحقق فكرة الشخصية .

طبيعة الشخصية المعنوية :

ليس للشخص الإعتباري وجود مادي كالإنسان فكيف نفسر منحه للشخصية القانونية إزاء هذا الموضوع , إنقسم الفقه إلى إتجاهين :

الإتجاه الأول :

ينكر فكرة الشخصية القانونية على غير الإنسان , و يتزعم هذا الإتجاه الفقيه الفرنسي " ليون ديجي " و يقول أن منح الشخصية القانونية للجمعيات و المؤسسات و الشركات ... هو إصطناع لا مبرر له .

الإتجاه الثاني :

يقر الشخصية القانونية لمجموعة الأشخاص أو مجموعة الأموال (أي للشخص الإعتباري) و هو إتجاه الأغلبية العظمى لرجال الفقه و التشريعات , و تحت هذا الإتجاه قامت نظريتان تبرران فكرة الشخص الإعتباري:

-أحدهما تقول أن الشخصية الإعتبارية فكرة إفتراضية .

-و الأخرى تقول بأن الشخصية الإعتبارية شخصية حقيقية .

نظرية الحيلة القانونية : (الإفتراض القانوني) :

قال بهذه النظرية أصحاب المذهب الفردي و على رأسهم الفقيه "سافيني " و مؤداها ان الشخص الطبيعي هو وحده الذي يصلح أن يكون طرفا في العقد (لإمتلاكه الإرادة) و حسبهم فإن الشخص الإعتباري ليس له وجود مادي و ليست له إرادة بطبيعة الحال , و لكن يفترض المشرع له الشخصية القانونية عند إنشائه حتى يستطيع الدخول في الحياة القانونية , للمجتمع كطرف إيجابي أو كطرف سلبي .

ب – نظرية الشخصية الحقيقية :

قال بهذه النظرية بعض الفقهاء الألمان و تبلورت فكرتهم في أن الشخصية الإعتبارية ليست مجرد إفتراض بل حقيقة واقعية تفرض نفسها على المشرع لأنها توجد من تلقاء نفسها دون حاجة لإعتراف المشرع بها و مهما يكن فإن الأشخاص الإعتبارية لها وجود مادي و معنوي قانوني .

أنواع الأشخاص الإعتبارية :

و هي نوعان عامة و خاصة :

1 – الأشخاص المعنوية العامة :

تنص المادة 49 ق.م على ان الأشخاص الإعتبارية هي : الدولة ,الولاية , البلدية , المؤسسات ذات الطابع الإداري – الشركات المدنية و التجارية – الجمعيات و المؤسسات و الوقف , كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية و كل مجموعة معنوية تنشأ من مجرد توافر أركانها فالولاية بموجب قانون 12-07 قانون الولاية هي أشخاص معنوية إقليمية و نستخرج من خلالها أن الدائرة ليس لها شخصية معنوية .

و البلدية بموجب المادة 10-11 قانون البلدية هي أشخاص معنوية إقليمية إلى جانب الدولة و الولاية و البلدية هناك أشخاص مرفقية مصلحية و هي تقوم بخدمات مثل مرفق الصحة و التعليم و لا يتعلق نطاقها بإقليم معين فإذا كان إختصاص الشخص المعنوي العام إقليمي مقيد بحدود إقليمية فإن إختصاص الشخص المعنوي المصلحي فهو مقيد بالغرض الذي أنشأ من أجله :الصحة , التعليم , الأمن .

و هناك حيث كان المرافق التي تقتصر في البداية على المرافق العامة الإدارية ثم توسعت إلى المرافق الإقتصادية و التجارية و الصناعية , فأصبغ عليها المشرع صفة الشخصية الإعتبارية , و يظل الشخص الإعتباري العام تحت إشراف الدولة مع تمتعه بإستقلالية مالية و مسؤولية خاصة .

2 – الأشخاص المعنوية الخاصة :

يقصد بها المؤسسات و الجمعيات و الشركات التي تعترف لها الدولة بتحقيق مصالح خاصة من مجموعة أشخاص أو أموال و جرى الفقه على إستخدام مجموع الأشخاص الطبيعيين و إطلاق تعبير مجموع الأموال على المؤسسات و في تخصيص مجموع من الأموال لتحقيق مشروع نفع عام .

أ – الشركات :

هي عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بالإسهام في مشروع إقتصادي و ذلك بتقدم حصة من المال أو العمل و يقسمون ما ينشأ عن هذا المشروع هو ربح أو خسارة , فتكون الشركة مدنية إذا كان موضوعها مدني و تكون تجارية إذا أصبغ عليها القانون موضوع تجاري مثل شركة المساهمة أو التضامن , و تنتهي بإنتهاء أجلها أو إفلاسها .

ب – الجمعيات :

و تنشأ بإتفاق الأعضاء على تحقيق هدف غير مالي و هو هدف ثقافي أو رياضي أو علمي , و بهذا تختلف عن الشركات و تنقضي الجمعيات عن طريق القضاء .

ج – المؤسسات :

و هي شخص إعتباري نشأ بناء على تخصيص مبلغ مالي لتحقيق عمل إجتماعي سواء كان علمي أو رياضي و منه نجد أن المؤسسة تتفق مع الجمعية في غرض غير مالي و تختلف عنها لأن الجمعية مجموع من الأشخاص و المؤسسة مجموعة من الأموال فقط , و جدت لتحقيق هدف إجتماعي فلا يلزم في قيامها إجتماع عدد من الأشخاص , إذ يستطيع الشخص تخصيص مجموعة من أمواله فتمنح لهذه الأموال شخصية قانونية .

الو قف :

هو نظام مصدره الشريعة الإسلامية و ينعقد بالإرادة المنفردة للواقف و هو : " حبس العين عن تمليكها لأحد من العباد " و يعرفها القانون 91 – 10 المادة 04 المتعلق بالأوقاف : " عقد إلتزام تبرع صادر عن إرادة منفردة " سنة 1991 , و المادة 03 تنص أن الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد و التصدق بالمنفعة على الفقراء أو مع وجه من وجوه البر و الخير بحسب نص المادة 05 القانون 91-10 .

عناصر تكوين الشخص الإعتباري :

1 – العنصر الموضوعي :

هو إتجاه إرادة الأفراد إلى إنشاء شخص معنوي و للإرادة دور فعال في إنشاء الشخص المعنوي . مثال : لا تنشأ الشركة إلا بعقد , و كذلك الحال بالنسبة للجمعية أو المؤسسات و يجب توفر مجموعة أشخاص أو مجموعة أموال بحسب طبيعة الشخص .

2 – العنصر المعنوي :

يجب أن يكون هدف الشخص المعنوي هو تحقيق غرض معين و يشترط ان يكون الغرض ممكنا و مشروعا .

3 – العنصر الشكلي :

قد يتطلب القانون الرسمية كما قد يستلزم الشهر , و قد يتطلب حصول مجموعة الأموال أو مجموعة الأشخاص على ترخيص خاص لإكتساب الشخصية المعنوية .

أ – الرسمية :

مثل الشركة يشترط المشرع أن يكون عقد الشركة مكتوب في عقد رسمي و إلا كانت باطلة , إذ تنص المادة 418 ق.م.ج : " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا و إلا كان باطلا " كما تنص المادة 549 – 01 قانون تجاري : " لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها . "

–بالإضافة يجب ان يكون هناك إعتراف الدولة بالشخص المعنوي و يكون إعتراف عام أو خاص .

فيكون عاما إذا وضع المشرع شروطا عامة إذا توافرت في مجموعة من الأشخاص أو الأموال إكتسبت الشخصية القانونية دون الحاجة إلى إذن أو ترخيص .

أما الإعتراف الخاص فهو ترخيص خاص المطلوب الحصول عليه لإكتساب الشخصية المعنوية لمجموعة الأشخاص أو الأموال بناء على ترخيص خاص .

مثال:

تشترط المادة 07 من قانون الجمعيات إيداع تصريح يؤسس لدى السلطات العمومية المختصة مثل الجمعية الوطنية يتم الحصول على الترخيص لدى السلطات العمومية و الجمعية المحلية عن طريق الوالي .

بداية الشخصية الإعتبارية :

أ – بالنسبة للدولة :

بتوفر أركانها (السلطة , الشعب , الإقليم)

ب – بالنسبة للولاية :

بتاريخ صدورها قانون إنشائها الذي يحدد إسمها و مركزها و شخصيتها القانونية و يحدد الإستقلالية المالية , كذلك الحال بالنسبة للبلدية .

ج – بالنسبة للمؤسسات العامة و التعاونيات :

تبدأ حياتها القانونية من صدور قانون إنشائها .

بالنسبة للجمعيات و الشركات :

فإن القانون يشترط صدور قانون إنشائها و شهرها عن طريق سجلات خاصة بها .

نهاية الشخصية المعنوية :

أ – بالنسبة للدولة : زوال اخر عناصرها .

ب – بالنسبة للولاية و البلدية :

بصدور قانون إلغائها .

ج – بالنسبة للجمعيات :

يتم عن طريق حل قضائي أو إختياري .

د – بالنسبة للشركات :

بحلول أجل إنقضائها و إتفاق الشركات على حلها و إشهار الإفلاس .

مظاهر الحياة القانونية للشخص الإعتباري :

مميزات الشخص الإعتباري :

تنص المادة 50 ق.م : " فإن يتمتع الشخص الإعتباري بجميع الحقوق , إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان , و ذلك في الحدود التي يقررها القانون , فيكون للشخص المعنوي : ذمة مالية – موطن – أهلية – إسم – حالة

- 1 – الإسم :

يكون للشخص الإعتباري إسم سميزه عن غيره و بالنسبة للأشخاص الإعتباريين الخاصة هم الذين يعطونها الإسم في حالات خاصة مثل الشركات , مثل إسم صاحبها أو إسم أحد الشركاء أو إسم مشتق من الغرض الذي نشأت من أجله (إسم الشخص المعنوي هو حق مالي يجوز التصرف فيه).

- 2 – الحالة :

يختلف الشخص الإعتباري عن الشخص الطبيعي في أن الشخص الإعتباري ليس له روابط عائلية و ليست له روابط دينية أما من حيث الروابط السياسية نجد أن لكل شخص إعتباري جنسية تحدد من تاريخ إنشائه و هذا لكي يمكن أن نميز بينها , و ما يترتب عن ذلك من اثار .

و السائد هو أن جنسية الشخص المعنوي تحدد بالدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الفعلية .

 - 3الموطن :

يمنح للشخص المعنوي الموطن مستقل عن موطن الأعضاء المكونين له , و عادة تكون المنازعات المتعلقة بشركائه من إختصاص المحكمة التي يوجد بها مركز الإدارة لرئيس الشركة , تنص المادة 547 ق . تجاري : " موطن الشركة هو مركز الشركة , و إذا كانت له فروع يكون محل كل فرع موطنا فيها يتعلق بمجال نشاطه. "

 - 4الذمة المالية:

للشخص ذمة مالية بعنصرها الإيجابي و السلبي , تكون الذمة المالية للشخص الإعتباري مستقلة و منفصلة تماما عن الذمة المالية للأفراد , و لا يجوز للدائنين (شخص معنوي) التنفيذ على الذمة المالية الخاصة لأعضائها المكونين للشخص الإعتباري , و إنما ينفذون على أموال الشخص الإعتباري لأن أموالهم لا تدخل في ذمة الشخص الإعتباري فلا تعد ضمانا للديون , فأموال الشخص الإعتباري هو الضمان الوحيد لخصومه أو الإلتزامات .

 - 5الأهلية :

بإعتبار أن الشخصية القانونية تحمل الإلتزامات طالما أن الشخص الإعتباري يتمتع بالشخصية القانونية فإنه لابد أن يتمتع بأهلية الوجوب أي صلاحية لإكتساب الحقوق و تحمل الإلتزامات .

و نظرا لإختلاف الشخص الطبيعي عن المعنوي تكون حقوق الشخص المعنوي و إلتزامات الشخص . ط , فلا يتبين للشخص المعنوي الحقوق الملازمة لطبيعة الإنسان .

مثال :

حق الحياة في الاسرة – سلامة الجسم , ولا يرى إلا بإستثناء الدولة لمل لا وارث له فلا يتمتع الشخص المعنوي بالشخصية القانونية و الأهلية إلا بالقدر اللازم لتحقيق أهدافه , و هو ما يعرف بمبدأ التخصيص للشخص الإعتباري اما فيما يخص أهلية الأداء و هي صلاحية الشخص لممارسة و مباشرة الأعمال و التصرفات القانونية بنفسه , و الشخص الإعتباري ليس له تميز بحكم طبيعته ,إذ ليست له بذاته إرادة لهذا.

ذهب رأي من الفقه إلى القول بأن الشخص المعنوي ليس منعدم الإرادة بل أهلية , و لكن لا يستطيع القيام بها إلا عن طريق ممثليه (مثل في الشركة مدير) إنعدام الأهلية لديه , إذا القانون يعتبر الإرادة التي يعبر عنها الممثل الشخص المعنوي و الأعمال التي يقوم بها بمثابة عمل و إرادة الشخص المعنوي بحد ذاته .

المقطع الأول: محل الحق الشخصي

1 - محل الحق الشخصي : (العمل)

هو سلطة تثبت للدائن و تخوله إلزام المدين بأداء عمل معين , و الإمتناع عن ادائه تحقيقا لمصلحة , و من هذا يتبين أن موضوع أو محل الحق الشخصي أي الأمر الذي يلزم به المدين هو الإلتزام بالقيام بعمل أو الإلتزام بالإمتناع عن عمل .

يتضمن القيام بالعمل الإيجابي الذي يقوم به المدين لمصلحة الدائن . و أمثلة عن الحقوق الشخصية التي تتضمن عمل : حق المشتري في إستلام الشئ المبيع و حق المستأجر في أن يمكنه المؤجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة , و قيام المقاول ببناء لمصلحة و بالعمل (شخص ما).

أو قيام شخص بنقل شخص أو شئ إلى جهة معينة , و يكون الإلتزام بتحقيق نتيجة إذا كان موضوعه محددا فيكون المدين ملزما بتحقيق نتيجة معينة . مثال : الناقل ملزم بتسليم البضاعة في مكان و زمان محددين و يعتبر محلا بإلتزامه إذا لم يحقق هذه النتيجة و لا يعفى من المسؤولية إلا إذا أثبت عذر أن قوة قاهرة حالت دون تحقيق النتيجة : أما في الإلتزام ببذل عناية فيكون المدين ملزما بإستعمال الوسائل الممكنة و أكبر قدر من الحيطة فلا يكون ملزما بشفاء المريض و لكن يكون ملزما بعمل ما في وسعه تحقيقا للغرض .

من أمثلة الحقوق التي تتضمن الإمتناع عن عمل معين حق شركة سنمائية في أن تمنع ممثلا معينا من الإشتراك في أفلام شركة أخرى طوال مدة التعاقد , أو الإلتزام بائع محل تجاري فتح محل تجاري تمارس فيه نفس التجارة و في نفس المنطقة التي يقع فيها المحل الذي باعه للمشتري لعدم المنافسة .

ملاحظة :

رأى الكثير من الفقهاء الفرنسيين على إعتبار القيام بعمل أو الإمتناع عنه أن موضوع الحق الشخصي يتمثل في إعطائه الشيئ و يقصدون به نقل ملكية الشئ و لكن في الحقيقة لا يوجد إلتزام موضوعه إعطاء شئ لأن إعطاء الشئ و هو نتيجة يرتبها القانون على عمل يلتزم المدين بادائه (أي أداء عمل).

مثال:

إذا باع للشخص منقولا معينا لنوعه فقط لا لذاته ككمية من القمح إلتزم البائع بتعيين المبيع ذاته عن طريق فرزه , و بذلك تنقل ملكية القمح المبيع إلى المشتري بقوة القانون .

و من ثم موضوع الحق الشخصي هو القيام بعمل أو الإمتناع عنه و الإلتزام بإعطاء شئ ليس في حقيقته إلا صورة من صور الإلتزام بأداء عمل .

أ - الشروط التي يجب ان تتوفر في العمل :

- 1 أن يكون العمل ممكنا فلا إلتزام بالمستحيل : و الإستحالة التي تمنع القيام بالإلتزام بعمل هي إستحالة مطلقة أو الموضوعة و هي تلك الإستحالة المادية أو القانونية التي تجعل من اداء الإلتزام ضربا من ضروب الخيال بالنسبة للكل , أي أن يكون العمل مستحيلا في ذاته سواء للمدين أو لغيره .

مثال :

إلتزم المحامي بالإستئناف رغم فوات معاده أو تعهد طبيب بعلاج شخص تبين له أنه ميت , و هذه الإستحالة تجعل العمل باطلا .

أما الإستحالة النسبية هي تلك الإستحالة التي تجعل اداء الإلتزام المتفق عليه غير ممكن بالنسبة للمدين فقط و ليس للغير , مثل إلتزام شخص (مدين) بإعداد لوحة فنية رغم أنه ليس رسام فالأمر هنا مستحيل بالنسبة للمدين , لأنه ليس رسام و هذه الإستحالة النسبية لا تمنع يكون الإلتزام صحيحا مستوفيا لشرط الإمكان مع إلتزام المدين بالتعويض إذا عجز عن تنفيذ الإلتزام .

2 - أن يكون العمل محددا أو قابلا للتحديد (التعيين) .

3 - أن يكون العمل محل الإلتزام مشروع غير مخالف للقوانين و النظام و الاداب العامة كالإلتزام بأمر إرتكاب جريمة معينة فهو مخالف.

١.

المقطع الثاني: محل الحق العيني:

يجب التفرقة بين الشئ و المال فالمال هو كل حق مالي شخصي عيني أو كمي و بالتالي فهناك أموال لا تعتبر أشياء , أما الشئ فهو الكائن الموجود في حيز ما من الطبيعة إذا دخلت في دائرة التعامل فإنه يصبح محلا للعلاقات القانونية و منه ليس كل الأشياء تصح أن تكون محلا فهناك أشياء تخرج عن دائرة التعامل و أشياء تدخل في دائرة التعامل هذه الأخيرة يمكن أن تكون محل عيني . تنص المادة 682 ق.م : " الأشياء التي تخرج عن العامل بطبيعتها و هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها , و اما الخارجة بحكم القانون فهي التي يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية . "

مثال :

عن الأشياء الخارجة عن التكامل بطبيعتها (الهواء - أشعة الشمس) الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون (المخدرات - الأسلحة).

1 - تقسيم الأشياء إلى أشياء (ثابتة - عقارات - أشياء منقولة)

إن من أهم تقسيم الأشياء إلى عقارات و منقولات .

نصت المادة 683 ق.م : " كل شئ مستقر بحيزه و ثابت فيه و لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار , و كل ما عد من ذلك الشئ فهو منقول . "

و من هذا يثبت أن المشرع الجزائري عرف العقار ولكنه لم يعرف المنقول.

و معناه إذا معرفتنا العقار فكل الأشياء ليست داخلة في العقار تعتبر منقول و ذلك أساسيا على القاعدة القانونية أن الأشياء دائما تكون إما عقار أو منقول .

أ - العقارات :

تبين من نص المادة 683 ق.م أن العقارات نوعان : عقارات بطبيعتها - عقارات بالتخصيص .

1 - عقارات بطبيعتها:

بحسب الفقرة 01 من المادة 683 أن القارات بطبيعتها هي كل شئ ثابت في مكانه و مستقر فيه لا يتحرك منه و لا يمكن نقله من مكان دون تلف و من هذا المفهوم فإن العقارات بطبيعتها تشمل :

أ - الأراضي :

جميع أنواع الأراضي سواء كانت معدة للزراعة و تشمل سطح الأرض و طبقاتها .

ب - المباني :

كل بناء أو إنشاء أو تشييد على الأرض يعتبر عقار بطبيعته .

2 - عقارات بالتخصيص :

عرفتها المادة 683 - 02 ق.م.ج : " المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو إستغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص " فالعقارات بالتخصيص هي أشياء منقولة بطبيعتها لكنها خصصت لخدمة عقار أو إستغلاله مثل : الالات - الجرارات .

أ - شروط سيرورة أو إعتبار المنقول عقارا بالتخصيص

1 - أن يكون العقار و المنقول مملوكان لمالك واحد , لأن العقار بالتخصيص أساسه فكرة التبعية و هي لا تتحقق إلا إذا كان المالك لشيئين شخص واحد . فإذا إستأجر شخص الة و خصصها لخدمة عقاره فلا تكتسب هذه الالة صفة عقار بالتخصيص (تنظمه المادة 683)

2 - شروط التخصيص : أي أن يرصد المنقول لخدمة العقار أو إستغلاله فالتخصيص للإستعمال الشخصي للمالك لا يكسب المنقول صفة العقار بالتخصيص و أن يوضع المنقول في العقار المخصص لخدمته , و قصد المشرع بذلك توفير نوع من العلانية بالنسبة للغير حتى يعلموا بالوصف الجديد للمنقول الذي صار عقار بالتخصيص , و يكون تعاملهم مع صاحبه على هذا الأساس.

و يجب أن يتسم التخصيص بنوع من الثبات و الإستقرار و إلا كان الأمر عرضيا , و أن يقع التخصيص بفعل المالك و إرادته , لأنه هو الذي يقرر النفع الذي يعود على العقار من هذا التخصيص , و إذا وقع التخصيص من غير المالك فإن المنقول لا يكسب صفة العقار بالتخصيص .

ب - الاثار المترتبة على إعطاء المنقول صفة العقار بالتخصيص :

يخضع العقار بالتخصيص كقاعدة عامة للأحكام التي يخضع لها العقار الأصلي من رهن أو بيع أو وصية ... إلخ , من ناحية أخرى إذا بيع عقار بالتخصيص مع عقار بطبيعته فيعامل معاملة عقار من حيث شهر التصرف و كذلك الأمر في حالة الرهن إذا يشمل الرهن العقار ملحقاته و العقار بالتخصيص .

و يهدف المشرع من إعتبار بعض المنقولات عقارات بالتخصيص لضمان إستغلال العقارات إستغلالا جيدا , فلا يجوز الحجز على هذه المنقولات بصفة مستقلة عن العقار .

ب - المنقولات :

هو كل ما يمكن نقله من مكان لاخر دون تلف و لا يحجز مكان معين . هو التحديد أو التعريف السلبي إنطلاقا من (المادة 683 ق.م.ج) و قد يكون المنقول بطبيعته مادي او معنوي , أو منقولات بحسب المال , و هي عقارات في الأصل متصلة بالأرض لكن القانون ينظر إليها على أنها منقولات بالنظر لما ستؤول إليه مثل : المباني المقرر هدمها كالأشجار التي يراد قطعها

1 - الأثار القانونية المترتبة على التفرقة بين العقار و المنقول :

1 - هناك من الحقوق ما يرد على عقارات وحدها دون منقولات كحق الإرتفاق و حق الرهن الرسمي و حق التخصيص على عقار من عقارات المدين .

2 - تنتقل ملكية المنقول معين بذاته في العقد و ملكية المنقول بنوعه بعد الفرز , أما ملكية العقار فلا تنتقل إلا بالشهر في المحافظة على العقار فنظام شهر التصرفات قاصر على العقارات كقاعدة عامة .

3 - كل التصرفات الواردة على عقار يجب أن تحرر في شكل رسمي أي يجب تحريرها من طرف ضابط عمومي مختص (تعتبر عقود شكلية) أما التصرفات الواردة عن المنقولات فهي تصرفات رضائية.

4 - ليس ثمة حاجة للتقادم المكسب للملكية بالنسبة للمنقول لأن الحيازة القانونية للمنقول و هي التي تكون بناء على سبب صحيح و بحسن نية تكسب الملكية بمجرد تصرف و إستلام المنقول , فنشأ بذلك قاعدة قانونية مشهورة : " الحيازة بالمنقول سند ملكية " أما العقارات فلا يكتسب واضع اليد عليها بحسن نية ملكيتها إلا بعد مرور مدة التقادم المكسب (10 أو 15 سنة)

5 - الشفعة ترد على العقار دون المنقول و هي رخصة تجيز للشريك أو المستأجر الحلول محل المشتري .

6 - الطعن بالغبن يجوز في التصرفات الواردة على العقار (الغبن هو تفاوت الأداءات بين المتعاقدين) , فالغبن في بيع عقار يجعل للبائع الحق في تكملة الثمن لأربعة أخماس ثمن المثل لإحالة زيادة الغبن عن خمس ثمن المثل , مثال : عقار ثمنه 100 مليون الخمس 20 مليون إذا تم بيعه ب 60 مليون فإن للبائع الحق في جعله (رفعه) 80 مليون , على أن يرفع البائع المغبون دعواه خلال مدة 03 سنوات من يوم إنعقاد البيع (المادة 358 - 359 ق.م.ج).

7 - الإختصاص المكاني في الدعاوى العقارية يكون دائما للمحكمة التي يقع العقار في دائرة إختصاصها , أما في الدعاوي المنقولة فيكون إختصاص مكاني للمحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعي عليه لأنه من الصعب تحديد موقع ثابت للمنقول , لهذا أورد المشرع قاعدة مؤداها أن الإختصاص يؤول للمحكمة الموجود بها الموطن.

2 - تقسيم الأشياء إلى أشياء مادية و أخرى معنوية :

-الأشياء المادية :

هي التي تكون ملموسة أو محسوسة سواء كانت عقارات أو منقولات .

-الأشياء المعنوية:

هي التي لها كيان ملموس مثل الإبتكارات , الأفكار , الإختراعات ...

3 - تقسيم الأشياء إلى أشياء قابلة للتعامل و أخرى خارجة عن دائرة التعامل :

الأصل في الأشياء أنها قابلة للتعامل و لكن إستثناء أنه توجد أشياء غير قابلة للتعامل أي خارجة عن دائرة التعامل , تنص المادة 688 ق.م : " كل شئ غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محل للحقوق المالية . "

أشياء غير قابلة للتعامل و هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها كالهواء و أشعة الشمس , ماء البحر .

-أما الأشياء غير قابلة للتعامل بحكم القانون هي التي تكون منع بنص قانون مثل التعامل بمواد المخدرات غير جائزة لأنها مخالفة للنظام العام لكن يمكن إستخدامها في بعض الإستثناءات بنص قانوني كذلك الحال بالنسبة لأموال الدولة .

4 - تقسيم الأشياء إلى أشياء مثلية و أشياء قيمية :

تنص المادة 686 ق.م : " الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء و التي تقدر عادة في التعامل بين الناس أو المقياس أو الكيل أو الوزن . "

-الأشياء المثلية : (الأشياء المعينة بالنوع)

هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء بالإلتزام أي يتشابه و يتماثل أفراد النوع الواحد فيها بحيث يمكن الوفاء بكمية محدودة العدد أو المقدار منها بكمية مماثلة عددا أو مقدارا ما دامت الكمية من نوع واحد . مثال : القمح أو الأرز ...

ب - الأشياء القيمية : (المعينة بالذات)

فكل شئ منها لا يماثل غيره و لا يشبهه تماما لإختلاف كل شئ في خواصه و قيمه مثل السيارات أو العقارات أو ...

أهمية هذا التقسيم :

1 - تبدأ ذمة المدين من الإلتزام الذي يكون في حين أن ذمته لا أشياء ذهنية إذا أو في شئ مماثل له (المقدار - الجود - ...) في حين أن ذمته لا تبدأ إلا بالوفاء بالشئ ذاته إذا كان محل إلتزام شيئا قيميا .

2 - إن هلاك محل الإلتزام قبل تنفيذه يجعل الوفاء مستحيلا في الأشياء القيمية إما في الأشياء الملكية قيمية الوفاء بالمثل .

3 - من تقسيم الأشياء إلى الأشياء القابلة للإستهلاك و الأشياء غير قابلة للإستهلاك (الإستعمال) .

-معيار التفرقة بينها :

هو مدى قابلية الشئ للتكرار إستخدامه أكثر من مرة واحدة .

5 - الأشياء القابلة للإستهلاك و الأشياء غير القابلة للإستهلاك :

أ - الأشياء القابلة للإستهلاك :

يقصد بها كل شئ يستهلك من إستعماله لأول مرة مثل المأكولات .

ب - الأشياء غير القابلة للإستهلاك :

هي غير قابلة للإستهلاك أول مرة تستخدم فيها مثل العقارات .

أهمية التقسيم :

حق الإنتفاع يرد على الأشياء القابلة للإستعمال فقط دون الأشياء القابلة للإستهلاك مثل السيارة و المنزل و يمكن يشغيلهما لمدة معينة بمقابل على أن تعاد في نهاية فترة الإنتفاع , و لا يمكن تصور هذا الأمر بالنسبة للأشياء القابلة للإستهلاك .

تقسيم الأشياء إلى أشياء معتبرة أصلا و أشياء معتبرة ثمارا :

يمكن إعتبار الشئ أصلا إذا لم يكن هو ثمرة من شئ اخر أما الشئ الذي ينتج بصفة دورية و متجددة في أغلب الأحيان من شيئ اخر يعتبر الأول ثمرة و الثاني أصلا له

مثال :

. الأرض الزراعية تعتبر أصلا و الغذاء تعتبر ثمارا , و كذلك الأشجار تعتبر أصولا و الفواكه تعتبر ثمارا

المقطع الأول: . الوقائع القانونية

الوقائع القانونية سواء كانت طبيعية أي بدون تدخل الإنسان أو من فعل الانسان فإنه في الحالتين يترتب عليها القانون أثرا قانونيا كالوفاة هي ظاهرة طبيعية يرتب عليها القانون أثر هو انتقال الأموال المتوفي للورثة أو مصادمة شخص لآخر بسيارته وإصابته فهذه الواقعة من فعل الإنسان يرتب عليها القانون أثر هو إلتزام صاحب السيارة بالتعويض .

ومنه الواقعة القانونية هي حادث أو عمل مادي يرتب عليه القانون أثرا سواء أراد الإنسان هذه النتيجة أم لم يردها ومن خلال ما تقدم نجد أن الوقائع تنقسم لوقائع طبيعية و أخرى من فعل الانسان .

أ- الــوقــائــع الــطــبــيــعــيــة :

وهي التى تحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون للإنسان دخل في حدوثها كواقعة الوفاة أو الميلاد .

ب- الــوقــائــع الـتـي تـحـدث من فعل الإنـسـان :

فهي الأعمال التي تصدر عن الانسان ويرتب عليها القانون أثار مثل الفعل الضار أو اتلاف شخص لمال مملوك للغير.

كذلك يعتبر مالك البناء مسؤولا عن تعويض الضرر إذا تهدم البناء وألحق ضررا للغير .

ووضع اليد على عقار " الحيازة " مع مرور مدة التقادم المكسب للملكية تؤدي لامتلاك واضع اليد ووضع اليد هنا واقعة رتب عليها القانون أثرا هو كسب الملكية.

المقطع الثاني: الـتـــصــرف الـــقـــانــــــونــــــــي .

هو اتجاه الأرادة لاحداث أثر قانوني معين فالارادة هي أساس التصرف القانوني .

أنـواع الـتــصـــرفـــات الـــقــــانـــــونـــيــــــة :

تتعدد التصرفات القانونية الـى :

1 –التصرف القائم على الإرادة المنفردة .

2 –التصرف القائم على إرادتين " عقد. "

- قد يكون التصرف القائم على الإرادة المنفردة فيسمى تصرف من جانب واحد مثل الوصية حيث ينفذ لابرامها وتحديد أثارها شخص واحد هو الموصي وكذلك الوعد بالجائزة .
- قد يكون التصرف القانوني على إرادتين ويسمى إتفاق أو عقد فلا تكفي ارادة واحدة لابرامه بل لابد من توافق وتطابق إرادتين لاقامة الأثر القانوني مثل البيع – الايجار..

التصرف بمقابل والتصرف بدون مقابل :

فالأول مثل البيع يسلم البائع المبيع ويتسلم مقابلا له هو الثمن " الايجار . "

أما التصرف بدون مقابل مثل الهبة – الوصية – قرض بدون فائدة ..... تقسيم التصرفات لنافذة ما بين الأحياء وتصرفات مضافة الى ما بعد الموت

تنقسم التصرفات القانونية من حيث وقت انتاج أثرها الى تصرفات نافذة ما بين الأحياء وتصرفات مضافة الى ما بعد الموت مثل : الوصية فلا تنتج أثرها إلا بعد موت الموصي .

تقسيم التصرفات الى تصرفات إنشائية " منشئة للحق " وأخرى كاشفة للحق :

يقصد بالتصرفات الانشائية تلك التي من شأنها إنشاء الحق مثل: حق الانتفاع وحق الارتفاق .

أما التصرفات الكاشفة والمقررة للحق فهي التي تقتصر على الكشف عن الحق القائم فتقرر وجوده وتزيل مكانه في حكم الأمور مثل حق الملكية .

أركــــــان الـــــتــــــصـــــــرف :

يلزم لتكوين تصرف قانوني صحيح المنتج لآثاره القانونية توفر 03 عناصر إذا تخلف أحدها كان التصرف باطل بطلان مطلقا وهي الإيرادات " التراضي . "

التصرفات إما رضائية ذات 03 أركان و إما شكلية ذات 04 أركان .

- أولا : الإرادة

أي اتجاه الارادة نحو إحداث الأثر القانوني فإذا كان التصرف من جانب واحد مثل الوصية والوعد بالجائزة فان الإرادة تصدر عن شخص واحد هو الموصي أو الواعد بالجائزة أما ادا كانا بصدد تصرف صادر من طرفين أو أكثر مثل عقد البيع فإن الإرادة تصدر من الطرفين وهو ما يعبر عليه بتوافق الإرادتين .

مثـال : مثل عقد البيع الذي لا يتم الا بتوافق إرادتي البائع والمشتري من خلال صدور الايجاب أحد المتعاقدين يليه قبول مطابق من المتعاقد الأخر ولكي تكون الارادة صحيحة يجب أن لا يشوبها عيب من عيوب الإرادة [اضافة للمجنون والمعتوه ..] كالغلط والتدليس . الإكراه والاستغلال ويترتب على هـ>هـ العيوب جعل التصرف قابل للابطال بطلان نسبي .

عـيـــوب الإرادة :

- الــغـــلـــط : وهو وهم يتولد في >هن المتعاقد فيجعله يتصور الأمر على غير حقيقته بصفة

جوهرية وكانت هـ>هـ الصفة هي الدافع الرئيسي لابرام العقد فإن له الحق في طلب بطلان العقد .

مـثـــال : أن يشتري شخص تحفة على أنها آثرية في حين أنها غير ذلك لهذ ا أجاز له القانون طلب بطلان العقد لوقوعه في الغلط .

- 2–التـــدلـــيـــس : وهو تضليل المتعاقد باستعمال طرق احتيالية تدفعه للتعاقد بحيث لولاها لما

قبل التعاقد ويجوز للمتعاقد الذي وقع في التدليس طلب إبطال العقد وتتعدد طرقه فمثلا يستعمل الكذب أو كسكوت البائع عن خلل في مبيعه .

- 3–الإكـــــراه : هو ضغط يقع على المتعاقد فيبعث في نفسه رهبة تدفعه للتعاقد أي أن المتعاقد

المكره يبرم العقد تحت سلطان رهبة يبعثها في نفسه دون حق ويجوز دائما للمتعاقد المره أن يطلب ابطال العقد

- 4–الإســـتــــغـــــلال : هو فقدان توازن في الآداءات بين المنتعاقدين نتيجة استغلال أحد

المتعاقدين لطيش بين أو هوى جامح لدى المتعاقد الآخر " وجود ركن مادي هو الغبن وركن معنوي هو الطيش " قابلية العقد لإبطال المصلحة الموقعة للاستغلال .

- ثـانـيـا : الــمـــحـــل .

وهو الركن الثاني للتصرف ولايقوم التصرف الا به في حالة غيابه يكون التصرف باطلا بطلانا مطلقا, فلا يقوم عقد البيع مثلا بدون الشئ المبيع ولا يقوم عقد الايجار بدون الشئ المؤجر , ولا يكف أن يوجد المحل بل يجب أن يكون ممكنا ومعينا وأن يكون مشروعا أو غير مخالف للنظام العام كالمخذرات .

- ثـــالـــثـــا : الـــســـبـــب .

و هو الركن الثالث في التصرف القانوني ويعرف بأنه الدافع او الباعث للقيام بالتصرف فإذا انتفى السبب لتصرف ما يكون التصرف باطلا بطلانا مطلقا .

مـــثـــــال : أن يقوم شخص بدفع مبلغ وفاء بدين لا وجود له بالوفاء هنا هو تصرف قانوني باطل لانه لا يوجد هناك سبب.

مـلاحـظـة : في العقود الرضائية يكفي وجود ثلاث أركان هي : الإرادة والمحل و السبب .

- رابــــــعـــــا : الــشـــكــــــل

هناك بعض التصرفات لا تكون صحيحة ولا يعتد بها الا اذا تمت بشكل معين حيث اشترط المشرع تحريرها في شكل رسمي معين .

وإذا كان الأصل أنه يكتفي بالتراضي للقيام بالتصرف إلا أنه حماية للمتعاقدين الشكل يؤدي لبطلان هذا التصرف بطلانا مطلقا .

مــثـــــال :

عقود نقل ملكية العقارات .

فيترتب على قيام التصرفات القانونية قيام مبدأ هام هو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أي ما تم الاتفاق على التصرف وتوفرت أركانه فإنه لا يجوز لأي من الطرفين العدول عنه إلا بموافقة الطرف الآخر .

وقد نصت المادة 106 من القانون المدني الجزائري " العقد شريعة المتعاقدين , فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين " وهذا كأصل عام " مبدأ شريعة المتعاقدين " الا أن هناك استثناء يقرره القانون (نظرية الميسرة والظروف الطارئة).

وهناك مبدأ آخر هو مبدأ نسبية العقد ومعناه أنه يمكن لغير أن يتحمل الالتزام من العقد أو تصرف لم يقم به .

المقطع الأول: إستعمال الحق

إن إستعمال الحق مقيد بوظيفة الحق فالحق وظيفة إجتماعية و لا يحميه القانون إلا إذا إستعمل في هذا الإطار (إطار الوظيفة الإجتماعية) فإستعماله مقيد بعد الإضرار بالغير .

وقد عرفت نظرية التعسف في نظرية الحق تطورا و تباينا من خلال الفقه و التشريعات المختلفة .

1 – نظرية التعسف في إستعمال الحق :

أ– الفقه الإسلامي :

مكنت الشريعة الإسلامية لفكرة التعسف في إستعمال الحق و أعطتها أوسع تصوير وصلت إليه الشرائع و المذاهب الفقهية الحديثة , فالحقوق في نظر الفقه الإسلامي ليست سوى منحة من الله و هو المشرع يمنحها لعبارة لتحقيق غاية معينة فمن الطبيعي إذا وجوب إستعمال الحقوق وفق الغاية الإجتماعية.

و لهذا لم تنحصر فكرة التعسف في إستعمال الحق عن فقهاء علماء الشريعة الإسلامية في صورة تعمد الإضرار بالغير بل إتسعت لتشمل صورا أخرى كتخلف المصلحة عند صاحب الحق , و الضرر الفاحش عند إستعمال الحق .

فمعايير التعسف لإستعمال الحق في الفقه الإسلامي .

1 – معيار شخصي :

أ – قصد الإضرار بالغير و مصدره الحديث الشريف " لا ضرر و لا ضرار " و يستدل على هذه النية (الإضرار بالغير) بالقرائن فإنعدام المصلحة الذاتية قرينة على قصد الإضرار بالغير , و من تطبيقاتها الدعاوي الكيدية .

ب– تخيل صاحب الحق وجها للإستعمال حقه ضارا بغيره دون الوجه الذي لا يضر الغير مع توفره تعسفا منه و لو كانت له مصلحة جدية مشروعة

– 2 معيار موضوعي :

أ– عدم التناسب بين المنفعة المشروعة المقصودة لصاحب الحق مع الضرر الكبير اللاحق بالغير من جراء ذلك ,فإذا أراد صاحب الحق تحقيق مصلحة مشروعة و لكن لزم ذلك ضررا بالغير ويكون ضرر كبير فيكون هناك تعسف في إستعمال الحق و ذلك عملا بالقاعدة الفقهية " ضرب المفاسد أولى من جلب المغانم " و يقول الإمام الشاطبي " لا مصلحة مطلقا مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد عنها . "

و نعتمد هذا المعيار على الموازنة بين المضار و المنافع الواقعة لتقدير التعسف و ترتيب المسؤولية عليه .

ب – الضرر البين اللاحق بالجار .

نظرية التعسف في إستعمال الحق لدى الفقه و القضاء و التشريع الفرنسي :

طبقا للمذهب الفردي ليس ثمة قيد على إستعمال الحق , فأصحاب هذا المذهب لا يقبلون أن يرد على حق المالك في إستعمال ملكه أي اي قيد إلا في حالة واحدة هي عدم مجاوزة المالك حدود حقه وقد كان هذا المذهب مسيطرا على الفكر القانوني انذاك و كان يرى أن إستعمال الشخص لحقه يجب أن يكون مطلقا دون قيد فالقاعدة عند أصحاب هذا المذهب هي أنه لا يمكن أن ينسب لشخص و هو يستعمل حقه أي خطر .

و قد تأثر الفقه الفرنسي بهذا المذهب ,و نجد أيضا أن القانون الفرنسي كان يقر أنه لا خطأ عند إستعمال الإنسان لحقه , فالحق يرفع المسؤولية عن صاحبه , و من ابرز الفقهاء الفرنسيين الذين أيدوا المذهب الفردي "بلانيول " , الذي إنتقد نظرية التعسف في إستعمال الحق بقوله : " إن العمل الواحد لا يمكن أن يكون في الوقت الواحد متفقا مع القانون و مخالفا له " و يرى أن نظرية التعسف في إستعمال الحق تناقض مع مضمون الحق إذ متى كان للشخص لا يتصور أن يتعسف فيه .

و نجد أن القضاء الفرنسي فيما بعد تبني نظرية التعسف من خلال أحكام متعددة إستند فيها لنظرية التعسف في إستعمال الحق و إنطلاقا من هذا أخذت نظرية التعسف في إستعمال الحق مكانها في الفقه و القضاء الفرنسي و لم يلبث أن إعتنق المشرع الفرنسي نظرية التعسف في إستعمال الحق .

ج – في القانون الجزائري :

تبنى المشرع الجزائري فكرة التعسف في إستعمال الحق و يعتبر الشخص متعسفا في إستعمال حقه إذا تحققت إحدى الصور التي نصت عليها المادة 124 مكرر ق.م.ج :" يعتبرإستعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية :

–إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير .

–إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة . "

فنجد أن تبني المشرع الجزائري فكرة التعسف في إستعمال الحق من خلال :

إقراره أن للحق وظيفة إجتماعية أي مرتبطة بالمصلحة المشروعة . فإقرار كل حق تتوخى مصلحة عامة .

و من خلال المادة 124 مكرر ق.م.ج يتضح أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمعيار الشخصي و الموضوعي .

أ – المعيار الشخصي :

إذا وقع قصد الإضرار بالغير يكون الشخص متعسفا في إستعمال حقه إذا قصد الإضرار بالغير كمن يبني حقه يملكه بقصد حجب النور عن جاره (فهذا يعتبر تعسفا في إستعمال حقه) , فإذا تم رفع إثبات توفر عنصر قصد الإضرار بالغير يعتبرهذا الشخص متعسفا في إستعمال حقه .

ب– المعيار الموضوعي :

1 – إذا كان إستعمال الحق يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير (أي عدم التناسب بين المنفعة و الضرر)

مثال :

كمن يغرس أشجار لتوفر نوعا من الرطوبة و يحجب النور عن جاره .

2 – عدم مشروعية المصلحة إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة و ذلك بإستعمال مالك المنزل لمنزله لغرض مخالف للنظام العام .

– 3 الضرر الفاحش اللاحق بالجار (لم ترد هذه الحالة في المادة 41 ق.م)

و لكن نجدها في المادة 691 ق.م.ج : " يجب على المالك أن لا يتعسف في إستعمال حقه لحد يضر بملك الجار وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف و طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة للاخرين و الغرض الذي خصصت له . "

أساس نظرية التعسف في إستعمال الحق :

أغلب الفقهاء يقولون أن أساس نظرية التعسف في إستعمال الحق هو أن من يتعسف في إستعمال حقه يرتكب خطأ و يتحقق ذلك إذا إنحرف عن سلوك الرجل العادي و ذلك سواء كان الخطأ عمدي , و الخطأ يوجب التعويض عن ما تسبب به من ضرر و هذه هي المسؤولية التقصيرية .

و حسب وجهة نظر هذا الإتجاه فإنه عند عدم الخروج عن الحدود المادية للحق مع إستعماله إستعمالا مشروعا للحق ومن ثم فلا تترتب عليه مسؤولية صاحب الحق عن الضرر الذي يلحق الغير من جراء إستعماله لحقه .

مثال :

إذا إفتتح تاجر محل تجارة قصد الربح ة لم يلجأ لمنافسة غير مشروعة فلا مسؤولية عليه ولو ترتب عن ذلك أن أفلس التاجر المجاور له .

و من النقد الموجه لهذا الإتجاه أنه من الممكن للشخص التعسف في حقه دون وجود للخطأ

وهناك إتجاه اخر من الفقه يرى يرى أن اساس نظرية التعسف في إستعمال الحق هو أن المصلحة هدف الحق وحدها هي الجديرة بحماية القانون بينما إستعمال صاحب الحق حقه (لا ضرار بالغير) أو كانت مصلحته تافهة بالنسبة لما يعود للغير من ضرر أو كانت مصلحته غير مشروعة ففي هذه الحالات لا تكون مصلحة جديرة بحماية القانون .

ويؤكد هؤلاء وجهة نظرهم أن المشرع إعتبر أن نظرية التعسف في إستعمال الحق نظرية مستقلة ذات كيان ذاتي لا مجرد تطبيق من تطبيقات الخطأ أو المسؤولية التقصيرية إذ خصها المشرع بنصوص خاصة بها .

جزاء التعسف في إستعمال الحق :

غن الجزاء قد يكون وقائي (قبلي) و ذلك إذا ظهر التعسف في إستعمال الحق بصفة واضحة قبل تمامه فيمكن منع صاحب الحق من التعسف في حقه أما في حالة التعسف فعلا فإنه يحكم على المتعسف بالتعويض لصالح المتضرر.

-حماية الحق :

في إقرار قانون الحق لابد ان تكون للشخص وسائل تمكنه من حماية الحق و لكن أهم وسيلة قانونية هي الدعوى .

تعريف الدعوى :

تنص المادة 459 إجراءات مدنية : " يجب أن يكون لرافع الدعوى أهلية التقاضي , و ان يكون لرفع الدعوى مصلحة و صفة , و يجب أن يوقع الدعوى في ميعاد قانوني , و يجب أن لا يكون قد سبق الحكم بالدعوى ذاتها . "

و منه شروط قبول الدعوى هي الواردة في المادة 459 .

المقطع الثاني: إثبات الحق

توجد صلة وثيقة بين الإثبات و بين حماية الحق فعلى صاحب الحق المعتدي عليه أن يقيم الدليل على أنه فعلا صاحب الحق .

تعريف الإثبات :

و هو إقامة الدليل أمام القضاء على وجود الواقعة القانونية المنشئة للحق و ذلك بالكيفيات و الطرق التي يحددها القانون .

المذاهب المختلفة في الإثبات:

أ- مذهب الإثبات المطلق أو الحر :

يكون للقاضي وفق هذا المذهب سلطة واسعة في التحري عن الوقائع التي تعرض عليه فيكون له دور فعال في تسيير الدعوى و إستجماع الأدلة .

ب - مذهب الإثبات المقيد :

قد يفرض المشرع طرقا محدودة للإثبات فلا يستطيع المتقاضي في إقامة الدليل على حقه بغير الوسيلة التي يحددها القانون كما يكون القاضي ملزما بهذه الوسيلة فهذا المذهب يفيد القاضي بمسألة الإثبات .

ج - المذهب المختلط :

يأخذ هذا المذهب بلإثبات المقيد بمسائل معينة كالمسائل المدنية , التي يطلب المشرع إثباتها بالكتابة .

أما في المسائل التجارية فيأخذ بنظام الإثبات المطلق أو الحر كما تتطلبه هذه المسائل من سرعة في التعامل فلا يمكن تقييدها بأدلة معينة , و المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المختلط .

محل الإثبات :

يقصد به إثبات الواقعة القانونية المنشئة للحق لأنها مصدر الحق و بإثبات المصدر يثبت نشوء الحق , و نجد أن محل الإثبات يختلف من الواقعة المادية القانونية عن التصرف القانوني .

أ - محل الإثبات في الواقعة المادية القانونية :

و التي تكون إما بفعل الطبيعة وحدها لا دخل للأنسان فيها مثل : الولادة , الوفاة و قد تكون واقعة مادية من عمل الإنسان مثل : الفضالة .

و كلما كانت الواقعة المادية مصدرا للحل المتنازع عليه كانت هذه الواقعة بالذات محل الإثبات أمام القضاء , أي تكون هي ما ينبغي إقامة الدليل على إثباتها حتلا يثبت وجود الحق ذاته .

و يشترط في الواقعة المادية القانونية التي تكون محل الإثبات :

1 – أن تكون الواقعة المراد إثباتها لها علاقة بالحق موضوع النزاع .

2 – ان تكون الواقعة منتجة في إثبات الحق أي تكون الواقعة المراد إثباتها , لها أثر منتج في إثبات نشوء أو قيام أو وجود الحق المدعى به أمام القضاء إذ أنه لا ضرورة لإثبات واقعة لا يؤدي إثباتها للتدليل على قيام الحق موضوع النزاع .

3 – يجب أن تكون الواقعة جائزة القبول , يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها قبولها بدليل الدعوى . مثال : أن القانون لا يجيز القرض بفائدة بين الأفراد و عليه فلا جدوى من إثبات هذا الإتفاق لأنه واقعة قانونية غير جائزة القبول .

ب – محل الإثبات في التصرف القانوني :

تعتبر إحداث أثر أو تصرف قانوني و تتوقف على إرادة الأشخاص و التصرفات القانونية بإعتبارها مصادر إرادية للحقوق تختلف عن الوقائع المادية من حيث الإثبات , و نجد أن المشرع الجزائري من خلال المادة 333 ق.م.ج إستلزم في إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن 100.000 دج أن تكون غير محددة القيمة ,أن تثبت بالكتابة (تستبعد و سائل الإثبات الأخرى) .

و تستثني قاعدة إثبات حقوق التصرفات القانونية بالكتابة في حالتين :

أ – بالمعاملات التجارية .

ب – التصرفات القانونية التي قيمتها 100.000 دج فأقل (معاملات مدنية).

عب ء الإثبات :

أي من هو المطالب بتقديم الدليل على وجود الحق و يقع عبئ الإثبات على :

1 – من يدعي مجود الحق الإبتدائي (المدعي) فإذا طالب شخص معين شخصا اخر بمبلغ من المال فيجب عليه بصفته دائنا أن يقدم دليلا على ذلك .

2 – في حالة دفع الإدعاء من جانب المدعى عليه يقع على هذا الأخير عبئ الإثبات . مثال : في حالة إنكار المدين للدين فعليه تقديم الدليل على صحة إنكاره (إثبات إنقضاء الدين أو إثبات عدم أحقية هذا الدين) .

إستثناء عن هذه القاعدة :

يلاحظ أن القرائن القانونية التي ينص عليها المشرع قد تغير من عبئ الإثبات (أي تعفي منه) فهي تعفي الإثبات إذا كانت قاطعة أو تنقل عبئ الإثبات إلى عاتق الخصم إذا كانت بسيطة . مثال : (بسيطة) القرينة التي نص عليها المشرع بأن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط الأخرى حتى يقوم دليل على عكس ذلك

مثال : (قاطعة) لقد أقام المشرع بحالة نقص الأهلية قرينة قاطعة على إرادة ناقص الأهلية .

طرق الإثبات : تختلف انواع طرق الإثبات فنجدها تتدرج من حيث قوتها :

 - 1الكتابة :

تعتبر من أهم الوسائل على الإطلاق و نجد أن المشرع الجزائري يشترط الإثبات بالكتابة للتصرفات القانونية المدنية التي تتجاوز قيمتها 100.000 د ج . و الكتابة نوعان :

أ – كتابة رسمية :

و هي التي تتم أمام موظف رسمي أو ضابط عمومي محررة في ورقة رسمية .

ب – كتابة عرفية : و هي ورقة يحررها الأفراد فيما بينهم , و لابد أن تتبع بتوقيع ذوي الشأن , و ليس لها حجية لما تتضمنه إذ يستطيع موقع الورقة إنكار ما تتضمنه , أما إذا أقرها تكون لها قوة الورقة الرسمية .

 - 2الشهادة : (البينة)

هي سماع أقوال أشخاص بصدد إثبات وقائع قانونية معينة أو نفيها بحيث تكون للقاضي سلطة تقديرية ويؤخذ بالشهادة في إثبات الوقائع المادية و التصرفات أو المعاملات التجارية , و التصرفات المدنية التي تقل قيمتها عن 100.000 د ج و كذلك يجوز الإثبات بالشهادة , إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي خارج عن إرادته .

 - 3القرائن :

و تنقسم لنوعين :

أ – قرائن قانونية:

هي التي ينص عليها المشرع كدليل إثبات تعفي من تقرر لصالحه من عبئ في الإثبات وهي نوعان:

1 – قرينة قانونية بسيطة :

وهي التي لا تعفي نهائيا من الإثبات بل تنقل عبئ الإثبات من على عاتق المكلف به إلى عاتق الشخص .

مثال :

إذا صدر تصرف في مرض الموت إعتبر كأنه قد تم على سبيل التبرع و على المدعي إثبات عكس ذلك .

2 – قرينة قانونية قاطعة :

فهي قرينة لا يمكن إثبات عكسها مثل حالة ناقص الأهلية .

ب – قرائن قضائية :

هي كل ما يستخلصه القاضي من أمر معلوم الأدلة على أمر مجهول (لإستنتاج من طرف القاضي) .

4 – حجية الشيء المقضي به:

الحكم النهائي الفاصل في موضوع الدعوة يعتبر عنوانا للحقيقة و العدالة , و لا يجوز مخالفته لذلك تكون له حجية في مواجهة الكافة فبالنسبة لأطراف الخصومة المدعي و المدعى عليه أو غيرهم من الناس و بصدور الحكم النهائي لا يجوز إعادة رفع النزاع لأي جهة قضائية طالما لم يتغير , و يمكن الإحتجاج بالحكم القضائي النهائي كدليل على صحة ما جاء فيه.

- 5 – الإقرار : (الإعتراف)

وهو إعتراف الخصم بصحة الواقعة المدعى بها و هو إما أن يكون قضائي أو غير قضائي :

ا – إقرارقضائي :

يكون قضائيا إذا تم أمام القضاء أثناء النظر في النزاع المتعلق بالواقع , و لا يجوز للشخص الرجوع عن إقراره بعد صدوره صحيحا .

ب – إقرارغير قضائي :

وهو الذي يصدر في غير المجالس القضائية .

- 6 – اليمين :

يقصد بها أداء القسم , و هو نوعان :

أ – اليمين المتممة :

و هي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأي من أطراف الخصومات بغرض إتمام قناعته , و هذه اليمين لا أثر لها لأن القاضي له أن يأخذ بها , كما له أن لا يأخذ بها , حتى بعد قيام الخصم بحلف اليمين , و للخصم ان يحلف اليمين المتممة إذا طلبها القاضي و له أن يمتنع عن ادائها .

ب – اليمين الحاسمة :

و هي توجيه اليمين للخصم الأخر , و غالبا ما يلجأ الشخص لإثبات اليمين الحاسمة , كاخر طريقة من طرق الإثبات , و يجوز لمن وجهت إليه اليمين الحاسمة ردها لخصمه , المادة 343 ق.م.ج و إذا حلف الخصم اليمين فيخسر من وجه الدعوى نهائيا و لا يجوز له إثبات كذب اليمين و كذلك إذا ردت اليمين للخصم و تكل عنها خسر دعواه 347 ق.م.

المقطع الاول: إنقضاء الحق العيني

إنقضاء الحق العيني :

أ- الحقوق العينية الأصلية :

يخص حق الملكية ينقضي عموما ب :

-وفاة المالك إذ ينتقل للورثة .

-بالتصرف فيه .

-هلاك الشئ المملوك .

حق الإنتفاع :

-وفاة المنتفع .

-إنتهاء المدة المقررة .

-عدم إستعماله لمدة 15 سنة.

-هلاك الشئ محل الإنتفاع .

الإرتفاق :

- إنتهاء المدة المقررة.

-عدم إستعماله لمدة 15 سنة.

- هلاك العقار المرتفق به .

-إجتماع العقاران في يد مالك واحد .

ب - الحقوق العينية التبعية :

فتنقضي تبعا لإنقضاء الحق الشخصي (إنقضاء بصفة تبعية) و قد تنقضي بصفة أصلية في حالة هلاك الشئ المرهون أو تنازل المرتهن عن الرهن أو عدم تجديد قيد الرهن.

المقطع الثاني: إنقضاء الحق الشخصي

ينقضي الحق الشخصي غما بالوفاء أو ينقضي بدون وفاء .

أ – إنقضاء الحق بالوفاء :

وهو تنفيذ المدين ما إلتزم به عينا و بذلك ينقضي حق الدائن (تعريف الوفاء)

يشترط في بعض الإلتزامات ان يتم الوفاء من المدين نفسه حين يكون شرط في الإلتزام , و لكن فيما عدا هذا يكون الذي يفي بالوفاء شخص اخر غير المدين يسمى الغير و ينقضي بذلك الحق . ويكون للموفي (الغير) الرجوع للمدين إما بالدعوى الشخصية و هي دعوة فضالة أو دعوة إثراء بلا سبب أو دعوة وكالة , كما يجوز للموفي الرجوع للمدين بدعوى الحلول

و يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير إرادته ان يمنع رجوع الموفي عليه بما وفاه عنه إذا أثبت أن له مصلحة في الإعتراض على الوفاء .

ب – إنقضاء الحق بما يعادل الوفاء :

1 – الوفاء بمقابل :

يتم الوفاء إذا قدم المدين شئ اخر غير ما كان ملزم به , و يشترط أن يقبله الدائن 285 و يترتب على الوفاء بالمقابل إنقضاء حق الدائن .

2 – المقاصة :

تنطوي على تصفية حسابية للحقوق و الإلتزامات المتبادلة بين شخصين إذا كان لكل منهما دينا على الشخص الأخر و مدينا له في نفس الوقت .

فللمدين أن يجري المقاصة بما هو مستحق عليه من الشخص الاخر و ما هو مستحق له في ذمة نفس الدائن من ناحية أخرى .

شروط المقاصة :

يشترط لصحة المقاصة :

1 – أن يكون موضوع كل من الينين اللذين تجري المقاصة بينهما نقودا .

2 – أن يكون كل من الدينين ثابتا أي لا نزاع فيهما .

3 – أن يكون الدينين مستحقي الاداء .

و يترتب على إجراء المقاصة إنقضاء حق الدائن بالقدر الذي تمت فيه المقاصة .

3 – إتحاد الذمة :

هو أن تجتمع في ذمة شخص واحد سميا الدائن و المدين بالنسبة لدين واحد . مثال ذلك أن يرث الدائن المدين فلا يستطيع أن يطالب نفسه بالدين , فينقضي هذا الدين , إما إذا ورث مقدار الثلث مثلا فإن الدين ينقضي بمقدارالثلث لأنه إتحدت ذمته مع ذمة المورث في حدود ثلث الدين فقط و يبقى دائنا بمقدار الثلثين يطالب بها بقية الورثة .

4 – التجديد :

هو إتفاق على إستبدال دين قديم بدين جديد فينقضي الدين القديم و ينشأ دين جديد .

و يكون ذلك إما بتغيير المحل او المصدر المنشئ للدين , أو بأحد أطرافه الدائن و المدين .

ج – إنقضاء الحق بدون وفاء :

و يتم بثلاث حالات :

1 – الإبراء :

هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل , و يتم الإبراء بإرادة الدائن فهو تصرف (إرادة منفردة) , لهذا يشترط أن يكون الدائن أهلا للتبرع , و يمكن للمدين إبراء الدين له إذ لا يجبر على قبول تبرع لا يريده .

2 – إستحالة التنفيذ :

هي أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا لسبب أجنبي : كقوة قاهرة أو حادث فجائي أو خطأ الغير أو فعل الدائن نفسه .

كما إذا هلك محل الإلتزام فإنه لا محالة ينقضي لأنه لا إلتزام بالقيام بمستحيل , و لا يلزم المدين بتعويض الدائن إذا كان فعل الغير أو فعل الدائن هم السبب الوحيد لإحداث الضرر .

أما إذا كانت إستحالة التنفيذ راجعة للمدين نفسه فإنه يلتزم بتعويض الدائن .

3 – التقادم المسقط:

هو إفتراض قانوني مؤداه أن الدائن الذي سكت عن المطالبة بحقه مدة طويلة (15 سنة) , إما أن يكون إستوفى حقه أو إبرائه من الدين و قد نص المشرع على مدة 15 سنة كمدة تقادم مسقط للدين . و هناك ديون أخرى تنقضي بمرور مدة أقصر نظرا لطبيعتها الخاصة .

و هنا يتحول الحق من حق تام إلى حق ناقص أي من إقرار و حماية قانونية إلى إقرار دون حماية القانون.

جامعة التكوين المتواصل

السنة أولى ليسانس حقوق عن بعد

السداسي 2

مـادة:

المجتمع الدولي

المعامل: 02 **الأرصدة:** 02

أستاذ المادة : جداوي خليل

يتناول قانون المجتمع الدولي مجموعة من القواعد القانونية التي تبين تركيبة المجتمع الدولي والقواعد التي تحكم علاقات هذا المجتمع فهو القانون الذي يحكم الوحدات المكونة للجماعة الدولية ويبين كيفية نشاء أشخاص هذه الجماعة وحقوقها و واجباتها كما يوضح القواعد التي تحكم علاقاتها مع الكيانات الأخرى، ويتميز بذلك المجتمع الدولي بالتطور المستمر وذلك ما توضحه تطور مضمون القواعد التي تحكم علاقات هذه الأشخاص.

ومن خلال ذلك نتطرق إلى محورين هما

1 - مفهوم المجتمع الدولي وتطوره

2- أشخاص المجتمع الدولي

ويمكن الاستعانة بالمراجع التالية

- قانون المجتمع الدولي المعاصر للدكتور بن عمر تونسي
- قانون المجتمع الدولي للدكتور عمر سعد الله
- التنظيم الدولي للدكتور احمد شلبي
- الوسيط في قانون المنظمات الدولية للدكتور احمد ابو الوفا
- نشأة وتطور المجتمع الدولي للدكتورة أمل المرشدي

Djelfa 2021

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة التكوين المتواصل

مركز الجلفة

شعبة الحقوق

محاضـــرات:

المجتمع الدولي

مطبوعة موجهة إلى طلبة السنة الأولى ليسانس جذع مشترك

شعبة حقوق

إعداد الدكتور جداوي خليل

السنة الجامعية 2021/2020

فهرس المحتويات:

المحور الاول:

مفهوم المجتمع الدولي وتطوره

المحور الأول : مفهوم المجتمع الدولي وتطوره

تعريف المجتمع الدولي:

يتناول قانون المجتمع الدولي مجموعة من القواعد القانونية التي تبين تركيبة المجتمع الدولي و القواعد التي تحكم علاقات هذا المجتمع فهو القانون الذي يحكم الوحدات المكونة للجماعة الدولية و يبين كيفية نشاة اشخاص هذه الجماعة و يبين حقوقها و واجبتها ، كما يوضح القواعد التي تحكم علاقاتها مع الكيانات الاخرى و يتميز المجتمع الدولي بالتطور المستمر و ذلك ما توضحه تركيبة المجتمع الدولي التي هي في تغيير مستمر و يوضحه تطور مضمون القواعد التي تحكم علاقات هذه الاشخاص.

تعّددت تعاريف الفقه لمصطلح المجتمع الدولي ، وإتفق غالبيتهم على أّنه : يقصد بالمجتمع الدولي مجموع الكيانات السياسية الدولية المستقلة التي تخضع في علاقاتها القائمة فيما بينها إلى القانون الدولي، حيث ينقسم إلى أشخاص تتمتع بالشخصية القانونية الدولية، وهي الدول والمنظمات الدولية الحكومية، وأشخاص أخرى لا تتمتع بهذه الصفة، وهي المنظمات الدولية غير الحكومية، والحركات الوطنية التحررية، واللجان الوطنية، والمتحاربين المعترف بهم وغيرها من الكيانات السياسية الدولية المستقلة.

خصائص المجتمع الدولي:

بناء على مختلف التعاريف الواردة بخصوص المجتمع الدولي، نستنتج بأّنه يتمّيز بخصائص متمّيزة عن المجتمعات الوطنية، وتتمثل هذه الخصائص فيما يلي:

أولا :تشكيل المجتمع الدولي من كيانات سياسية دولية مستقلة لا تخضع لسلطة عليا ويقصد بذلك بأّنه لا توجد في المجتمع الدولي سلطة تعلو سيادة الدول، حيث تعّد كل أشخاصه مستقلة عن بعضها البعض، والقانون الدولي يقّر بذلك ويحافظ على هذه الإستقلالية، ولا تعّد المنظمات الدولية سلطات ترأس الدول، حيث لا يمكن أن نتصّور بأنّ

منظمة الأمم المتحدة هي التي ترأس العالم لأنّ هذه المنظمات ما هي إلا إطار للتعاون الدولي بين الدول في مجال أو مجالات معينة يحّددها الميثاق المنشأ للمنظمة.

ثانيا :غياب قانون دولي ملزم يحكم العلاقات الدولية بين أشخاص المجتمع الدولي ويقّرر الجزاء في حالة مخالفتها

ثالثا :غياب سلطة تشريعية تسن قواعد القانون الدولي

ربعا :غياب قاضي دولي ملزم

التطور التاريخي للمجتمع الدولي:

المجتمع الدولي في العصر القديم:

يجمع أغلب المؤرخون على أن هذا العصر مصدر زمنيا حوالي سنة 3100 ق م إلى غاية سقوط روما عاصمة الإمبراطورية لرومانية سنة 476 م لقد شكل اكتشاف الزراعة غير هذه الفترة عامل أساسي الاستقرار الإنسان في حيز ومكان محدد لكونها تقتضي الإقامة الطويلة والمستمر للقيام بالزرع والرعي والجني مما أدى إلى بروز فكرة التملك الجماعي والفردي للأراضي الخصبة حول الأنهار والبحيرات ومن ثم أدت غزيرة التملك إلى فكرة وضع الحدود الملكية وبالتالي مع مرور السنين ساهم ذلك في ظهور جماعات إنسانية متميزة من حيث العقائد والتقاليد .... واستقرت كل منها في نطاق مساحة محدودة وخضعت السلطة عليا واحدة مثل هذه الجماعات تطورت معظمها لتشكل الدول والإمبراطوريات والحضارات التي عرفها العصر القديم لقد تميزت هذه المرحلة بنوعين من التنظيمات السياسية من جهة الإمبراطوريات التي أسستها القوى العظمى آنذاك واتسعت رقعتها إلى أرجاء واسعة مترامية الأطراف ومن جهة أخرى وجود الدول (المدن) كما كان الحال في اليونان قديما التي تأسست على مساحات محدودة وامتازت بالانسجام في تعاملها والتنظيم في علاقاتها أي العلاقات بين مختلف الديانات السالفة الذكر والحضارات امتازت بطابع الانعزالية والاكتفاء الذاتي وهما الأمر أثار الخلاف بين الفقه حول مدى وجود مصادر أولية للتنظيم الدولي

خلال هذه الحقبة التاريخية فهناك اتجاه أول يرى أنه بالرغم من الحضارات القديمة عرفت أو طبقت بعض قواعد القانون الدولي مثل إيفاء بعثات رسمية إلا عن الحرب قبل بدئها أو عقد.

الشرق القديم : ونقصد به الحضارات التي نشأت حول واد الرافدين ونهر النيل.

حضارة بلاد الرافدين: تذكر الأبحاث التاريخية أن حضارة واد الرافدين امتازت بوجود معاهدةعام 3100 ق م بين زعيمي قبيلتين من منطقة ما بين النهرين نصت على وضع حد للنزاعالقائم بينهما حول الحدود كما نصت على اللجوء للتحكيم في حالة النزاع فيما بينها.

الحضارة الفينيقية: لقد ملك الفينيقيون قوة تجارية كبرى وامتد نفوذهم الاقتصادي من بلاد الشام شرقا حتى بلاد الأسبان غربا وقويت شوكتهم خاصة بعدما قامت دولتهم في تونس وبناء مدينة قرطاجة سنة 825 ق م .

الحضارة الفرعونية: كتبت معاهدة سنة 1292 ق م كشفت عنها الأبحاثالتاريخية ببابل بين رمسيس ملك مصر وحاتوبيل ملك الحبشيين حيث تعهد الطرفان منخلالها. بتبادل المساعدة ضد الأعداء الداخليين والقيام بتسليم هؤلاء إلى بلدالطرف الآخر على شرط عدم توقيع عقاب عليهم قبل ذلك ، وتعتبر هذه المعاهدة أقدم شكلمعروف لتسليم المجرمين السياسيين وكان احترام وتقنين هذه المعاهدات يتم بضمانالآلهة فقد جرت العادة أن يقسم كل طرف من أطراف المعاهدة بعدد من الآلهة بعدمالخروج عنها.

الغرب القديم:

الحضارة الإغريقية: كانت اليونان مقسم لعدد من الوحدات السياسية المستقلة يبلغ عددها 12 مدينة خلال القرن الخامس ميلادي وكان يطلق على كل منها مصطلح مدينة ما يقابله حاليا دولة.

وتميزت العلاقة بين المدن اليونانية بأنها كانت وثيقة تتميز بالاستقرار والتفاهم نظرا لانتمائها لحضارة واحدة تستند لعدة اعتبارات عقدية وعرقية ولغوية ودينية مشتركة وقد علاف الإغريق وسيلتين أساسيتين للعلاقات القانونية فاستعملوا:

المعاهدة: كوسيلة قانونية لتنظيم العلاقات فيما بينهم في كثير المجالات ومن تلك المعاهدات معاهدة تعزيز السلم سنة 446 ق م بين أثينا وإسبرطة ومعاهدة تحالف عسكري سنة 418 ق م بين إسبرطة وآغورس .كما استعمل الإغريق وسيلة الدبلوماسية لفك النزاع بينهم.

الحضارة الرومانية: تأثر الرومان بالتنظيمات التي سادت المدن اليونانية حيث قامت خلال القرن الخامس قبل الميلاد رابطة تجمع بين رومان بعض المدن اللاتينية على أساس المساواة بين الأعضاء كما أبرمت روما في حدود سنة 306 ق م معاهدة مع قرطاجة وتتضمن النص على إقامة السلم والتنازل المتبادل في مناطق نفوذها وحماية مواطنيهم إن لجأو إلى بلد الطرف الآخر غير أن موقف روما في علاقاتها تعتبر عندما أحست بتفوقها العسكري خاصة بعد القضاء على قرطاجة واتبع الرومان في علاقاتهم نوعين من القانون:

1- قانون الشعوب : وهو قانون بديل للقانون المدني كان ثمرة اجتهاد القانون الروماني أنشأته روما عام 242ق م هو قانون للفصل في المنازعات بين الرومان والرعايا الأجانب ويسمى أيضا بقانون الغرباء.

2- قانون الفيتال : حرصت روما أن تطبع علاقاتها مع غيرها بطابع ديني لتجلب بركة الآلهة فأنشأت هذا القانون يشرف على تطبيقه مجموعة من رجال الدين عرفوا باسم الإخوة فكانوا يعتبرون بمثابة سفراء يتمتعون بالحصانة وعددهم 20 وجوهر هذا القانون أنه ؤلاء الذين يقررون إن كان هناك سبب عادل لإعلان الحرب ضد بلد آخر كما يمارس السلطة الدينية عند إعلان الحرب أو عند عقد السلم ومن أشهر الذين عالجوا موضوع الحرب فيذلك الوقت القديس أوقستين الذي ميز بين الحرب العادلة والحرب غير العادلة في كتابه مدينة

الله.

المجتمع الدولي في العصور الوسطى:

لقد استمرت الصراعات القائمة بين إمبراطوريات الشرق والغرب في هذه المرحلة لأكثر وذلك أن ظهور الديانة المسيحية ساعدت على اشتداد هذه الصراعات لأن من آثار انتشار تعاليم المسيحية قيام الرابطة الدينية بين الدول الأوربية في شكل عصبة دينية مما أدى لنشوء ما يسمى بالأسرة الدينية بالمسيحية التي يساوي كل أعضائها في الحقوق والواجبات. ويتفق أغلب المؤرخين على أن عصر الوسيط يبدأ بسقوط روما سنة 476ق م لينتهي بسقوط القسطنطينية سنة 1453 على يد محمد الفاتح.

1- العالم المسيحي : يمكن القول أن هذا العصر شهد عدة عوامل حالت دون قيام تنظيمات دولية حقيقية لأوربا بالإضافة لسيطرة الكنيسة وتسلطها وجمعها بين السلطتين الدينية والدنيوية والحد من استقلالية الدول وكذلك إخراج كل الدول غير المسيحية من المجتمع الدولي بالإضافة لكل هذا هناك عوامل أخر تتمثلت في الفرص السياسية.

ونظام الإقطاع والصراع القائم بين نظام الإقطاع الصراع بين البابا والإمبراطور أيضا الديانة المسيحية والحروب الصليبية.

1- الفوضى السياسية : في عهد الإمبراطور تيودوس جرى تقسيم الإمبراطورية سنة 395 م بين ولديه إمبراطورية غربية عاصمته روما ، وإمبراطورية شرقية عاصمتها القسطنطينية، وكان هذا التقسيم سببا في انهيارها على يد القبائل الجرمانية سنة 700م وعلى أنقاضها قامت مجموعة من المماليك والإمارات المتصارعة يحكمها العداء والحرب وبقي الأمر على حاله من سنة 800م حيث تمكن الإمبراطور شارلمان من توحيد هذه الوحدات السياسية في إطار ما يسمى بالإمبراطورية الرومانية المقدسة ولكن بمجرد وفاته عام 843 حتى عادت الفوضى والفساد من جديد.

ب نظام الإقطاع : انتشر هذا النظام في أوربا ابتداء من القرن التاسع ميلادي ليستمر لنهاية العصر الوسيط تقريبا هذا النظام يتمثل من الناحية السياسية في استئثار الأمير

بجميع مظاهر السلطة داخل إقليم معين على أساس أنه يعتبر بمثابة ملك شخصي له التصرف فيه كما يشاء وهو ما يعرف قانونا بمبدأ الدولة الموروثة وهذا الوضع لم يساعد على نشوء تنظيم دولي لأن كل مملكة أصبحت مقدمة بين عدد كبير من الإمارات الإقطاعية وبالتالي فالعلاقات بين تلك الممالك مجرد علاقات داخلية تخضع لسلطة عليا هي البابا والإمبراطور.

حدوث الصراع بين البابا والإمبراطور : اتسم العصر الوسيط بالصراع الحاد بين البابا والإمبراطور حول من يستأثر بالسلطة الزمنية وحاول كل طرف تأكيد أحقيته بذلك فالبابا استند إلى نظرية السيفين ومفادها أن الله خلق سيفين سيف يمثل الروح والآخر يمثل الجسد تمنح سيف الروح للبابا وسيف الجسد للإمبراطور ومادامت الروح تسمو على الجسد ، فالبابا يسموا على الإمبراطور أما الإمبراطور فاستند إلى نظرية الحق الإلهي ومفادها أن الله فوضحكم الناس وأعطاه للسلطة العامة . وبلغ الصراع لحد إقدام الإمبراطور هنري الرابع على خلع البابا جري وجوري السابع في حدود منتصف القرن 11 وهذا الصراع أدى إلى تفاقم الفوضى السياسية.

الديانة المسيحية والحروب الصليبية : لقد استمرت الحروب الصليبية على طوال قرنين من الزمان من 1098 إلى غاية 1221 م .وبإقرار الإمبراطور تيودورس كديانة رسمية لروما سنة 380 م فقد كان لهذه الوحدة الدينية المسيحية آثار سلبية في مجال علاقاتها مع البلاد غير المسيحية حيث رفضت الممالك الأوربية الاعتراف بالبلاد الإسلامية والدخول معها في علاقات على أساس المساواة للإشارة فإن هذه الممالك عرفت بعض القواعد المتعلقة بحالة الحرب منها:

سلم الرب :1095يتعلق الأمر بحياد المنشآت الدينية وحماية الربان والشيوخ والنساء و الأطفال عند الحرب.

هدنة الرب 1096 ويتعلق الأمر بتحديد الحرب في بعض أيام الأسبوع خاصةتلك المصادفة للأعياد الدينية.

العالم الإسلامي:

ساهم الفقه الإسلامي في نشر الحضارة الإسلامية. و في تعميق القانون الدولي و حماية حقوق الإنسان. و أرسى مجموعة من المبادئ في القانون الدولي بعض المبادئ التي يقوم عليها الإسلام:

عالمية الشريعة الإسلامية: وتمثلت في رسالة سلام، الوفاء بالعهود، الكرامة الإنسانية، المساواة ، الحرية الدينية، معاملة الرسل.

تقسيم المجتمع الدولي للفقه الإسلامي: قسم المجتمع الدولي لثلاثة أقسام:

1-دار السلام: و هي الأراضي التي تكون تابعة للمسلمين و تطبق فيها الشريعة الإسلامية في جميع القضايا التي تتعلق بالنظام العام ، و هذا لا يمنع من تطبيق الشريعة الأخرى في القضايا التي لها علاقة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين ، مثل أهل الذمة و المستأمنون. أهل الذمة :يعتبرون جزء من المجتمع الإسلامي ، و يتمتعون بكامل الحقوق التي يتمتع بها المسلم من رعاية و حماية و عدالة مع ضمان الحرية الدينية ، في المقابل يدفع ضريبة مالية تسمى « الجزية« المستأمنون :هم الذين يدخلون البلاد الإسلامية طلبا للأمن دون أية إقامة مستمرة ، قررت الدولة الإسلامية أن للمستأمن كافة الحقوق التي يتمتع بها أهل الذمة ، و يتحملون الإلتزامات التي تفرض عليهم.

2-دار العهد: أكد الإسلام على ضرورة احترام شروط الصلح بعد الإتفاق عليها ، لذلك كانت معاملات بين دار السلام و دار العهد على أساس إقرار حقوق معينة ، و تحمل واجبات مقابل ذلك.

1واجبات دار السلام اتجاه دار العهد:

الدفاع عن دار العهد و صد أي عدوان يقع عليها.

ضمان الشعائر الدينية و إحترام الأديان الأخرى.

منع الجنود المسلمين المتواجدين في دار العهد من خرق الإتفاقات الموجودة بين دار السلام و دار العهد و حماية الأشخاص في أموالهم و أعراضهم.

عدم التدخل في الشؤون الداخلية لدار العهد.

2واجبات دار العهد إتجاه دار السلام:

دفع مبلغ معين من المال مقابل توفير الحماية له.

عدم شن أي عدوان إتجاه دار السلام.

عدم الإشتراك مع الغير في الإعتداء على المسلمين.

السماح بنشر الدعوة الإسلامية

3-دار الحرب: و هي المناطق غير الخاضعة للديانة الإسلامية ، و التي تكون في حالة حرب مع الدولة الإسلامية ، و كانت المعاملات مع هذه الدول خاضعة لبعض القواعد القانونية الخاصة بما يتعلق بقانون الحرب أو القانون الدولي الإنساني.

المجتمع الدولي في العصر الحديث:

يبدأ العصر الحديث حسب المؤرخين من سقوط القسطنطينية على يدج محمد الفاتح 1453 إلى وقتنا الحالي:

المرحلة الأولى : من 1453 إلى غاية 1815 تميزت هذه المرحلة بظهور مفهوم الدولة الحديثة وسيادة التوازن الدولي.

المرحلة الثانية : من 1815 إلى 1914 الحرب العالمية 1 تميزت هذه المرحلة بعقد المؤتمرات الدولية بصورة بارزة.

المرحلة الثالثة : من الحرب العالمية 1 إلى يومنا هذا أو منا يسمى بمرحلة المنظمات الدولية.

أولا : يمكن القول أن هذه المرحلة عرفت ميلاد تنظيم دولي حقيقي بقارة أوربا ولهذا يطلق عادة على القانون الدولي التقليدي تسمية القانون العام الأوربي لأنه نشأ في أحضان الدول الأوربية الكبرى والتي كانت تنظر إليه بنوع من الأنانية المفرطة لتحضر تطبيقه على علاقاتها المتبادلة أي في إطار ما يسمى بالنادي الأوربي وشهدت هذه المرحلة عدة عوامل أثرت بطريقة أو بأخرى على نمو التنظيم الدولي الحديث وهي:

1-ظهور الدولة الحديثة المستقلة : تعتبر المرحلة الأولى والثانية هي المرحلة التي شهدت نشوء القانون الدولي في أوربا ولذلك يوصف القانون الدولي التقليدي بالأوربية . وقد نشأ هذا القانون ليحكم العلاقات الأوربية المسيحية بما فيها الذهب الكاثوليكي والبروتستانتي وبات القانون الدولي قانون تلك الدول دون سواها وأطلق عليها قانون الوصف العام الأوربي وظلت هذه الدول تنظر لقواعد ذلك القانون بوصفها نوعا من الامتياز القاصر عليها ، وتتم صياغة هذه القوانين داخل نادي أمم أوربا الغربية وفي نظر هؤلاء لا معنى لوجود باقي العالم إلا كوسيلة للحفاظ أو لتعزيز محتمل لنوعية حياة الطبقات ثم اتسع نطاق الأسرة الدولية ليشمل دول مسيحية غير أوربية وهي الدول الأمريكية التي حصلت على استقلالها ، ولم يتحرر القانون الدولي العام من الطابع المسيحي إلا سنة 1856 حين سمح لتركيا أن تنظم المجتمع الدولي ، وقد تم هذا الدخول تطبيقا للمعاهدة السلام المادة السابعة سنة 1856.

العوامل المساعدة على نشوء جماعة دولية : لقد كان للنهضة الفكرية والعلمية دور في إبراز وإثراء الكثير من مبادئ وأحكام القانون الدولي من خلال كتابات ومؤلفات المختصين من خلال مدرستين أساسيتين هما : مدرسة القانون الطبيعي والتي من أبرز روادها الفقيه فيكتوريا 1480-1546 والفقيه جورسيوس ،

ميكافيلي:

دعا إلى توحيد إمارات إيطاليا و الإمارات المجاورة لها ، و قال : « أن الوسيلة لذلك هي أن يخضع الأمير الأكبر قوة باقي الإمارات ، و لو بوسائل الحرب ، غير متقيد بقواعد و أخلاق الحرب و أن القوة هي تخلق الحق و تحميه ، و الغاية تبرر الوسيلة ، و قد جعل الأمراء هذه الأفكار قاعدة لهم ، فقامت الحروب و توترت العلاقات الدولية و نادى بعض الفقهاء بأفكار الخالق ذلك أي أن العلاقات الدواية يحكمها في حالتي الحرب و السلم قانون أساسه العرف و العادة و الحقوق الطبيعية للإنسان و الدول من أشهر هؤلاء الفقهاء «

فيتوريا » و هو أستاذ للقانون بإحدى الجامعات الإيطالية ، اعترف بسيادة الدولة و قال بأنها في حاجة إلى مجتمع ينظمها و يحكم علاقاتها مع غيرها.

جيروسيوس:

و الذي نشر كتاب قانون الحرب و السلام سنة 1625 م ، تناول فيه القانون الدولي ، و اعتبر أن الدولة هي الشخص الوحيد المكون للمجتمع الدولي ، و الذي تتساوى فيه هذه الدول في سيادته، لذلك العلاقات الدولية تبنى على أساس احترام إرادة هذه الدول ، فهي تنشأ قواعد القانون الدولي انطلاقا من الإرادة المشتركة فيما بينها

2-الاكتشافات الجغرافية الكبرى :أدى اكتشاف أمريكا إلى فتح مجال جديد للقانون الدولي و هو التسابق بين الدول الأوربية للحصول على المستعمرات ، و في هذا الإطار عقدت عدة إتفاقيات دولية بينها قصد تقسيم هذه المناطق مثل المعاهدة التي وقعت بين إسبانيا و البرتغال سنة 1494 م و التي كانت تعطي الحق للبرتغال باحتلال الموانئ الإفريقية ، و تعطي الحق لإسبانيا باحتلال الموانئ الأمريكية ، و أدت هذه الاستكشافات إلى توسيع العلاقات الدولية.

3-معاهدة واستفاليا سنة 1648 م هذه المعاهدة وضعت حدا للحرب التي كانت قائمة بين الدول الأوربية على أساس انقسامها بين دول مؤيدة لسلطة الكنيسة الكاثوليكية و دول أخرى تنادي بفصل أمور الدولة من الكنيسة و تعتبر هذه المعاهدة بمثابة صك ميلاد القاون الدولي ، و قد احتــوت على المبادئ التالية:

-الاعتراف بانحلال الإمبراطورية الرومانية المقدسة وتقسيمها لدويلات قومية.

- إنهاء سيطرة الكنيسة وزوال السلطة البابوية من الناحية الزمنية وبقاؤها في النطاق الديني

-إقرار مبدأ سيادة الدولة والاعتراف بتساوي الدول في السيادة بغض النظر عن معتقدها ونظام حكمها.

-من الفكرة السابقة زالت الفكرة العادلة وغير العادلة وأصبحت الحرب حق من حقوق السيادة تمارسه الدولة متى شاءت.

- نشوء قانون التمثيل الدبلوماسي بواسطة سفارات دائمة وبعثات مؤقتة.

- أصبحت المعاهدات الدولية تقوم على أساس تراضي ا لدول الأطراف الوسيلة الفنية للمحافظة على النظام الأوربي الجديد.

4-الثورة الأمريكية : تظهر أهمية الثورة الأمريكية بصفة خاصة في أنها أسفر عن ميلاد دولة مسيحية مستقلة غير أوربية انضمت لميدان العلاقات الدولية وكان لها دور في تثبيت أكبر قواعد القانون الدولي.

5-الثورة الفرنسية : قامت في 1789 وقد سعت إلى إقرار عدد من المبادئ أبرزها: الاعتراف بالحريات الأساسية والحقوق العامة التي يتمتع بها الإنسان كفرد من أفراد المجتمع.

التأكيد على أن السيادة هيvملك للشعب والأمة يمارسها عن طريق النواب.

الإقرار بمبدأ حق تقرير المصير حتىvتتمكن الشعوب من تكوين دولة على هذا الأساس.

وكان من نتيجة ذلك أن ارتبط مبدأ تقرير المصير بمبدأ القوميات والذي أصبح يسمى مبدأ تحرير المصير القومي وقد نجح هذا المبدأ في كثير من الحالات وانفصال اليونان عن الدولة العثمانية وانفصال بلجيكا وهولندا.

المرحلة الثانية : تميزت هذه المرحلة بعقد المؤتمرات واللجوء لاستعمال المعاهدات لقد تحرر القانون الدولي في مطلع القرن 19 م من الطابع الأوربي عندما شمل المجتمع الدولي دولا غير أوربية كالدول التي نالت استقلالها وعلى رأسها الو م أ وفي منتصف القرن التاسع عشر تحرر من صفة المسيحية عندما دخلت لميدان العلاقات الدولية لأول مرة الدولة العثمانية والصين واليابان. وظهر بذلك مؤتمر فينا 1815م و الحلف المقدس.

المرحلة الثالثة : 1914 إلى العصر الحالي : تميزت بظهور منظمات دولية كأشخاص جديدة في المجتمع الدولي .حدوث تغيرات هامة على الساحة الدولية أثرت في تطور

المجتمع الدولي ومنه في قواعد القانون الدولي ويمكن إجمالها في :تبلور ظاهرة التنظيم الدولي من خلال تسجيل عدة معاهدات واتفاقات هدفها هو إرساء وتطوير التعاون الدولي ، ظهور الشركات المتعددة الجنسيات ، تجسيد فكرة التنظيم الدولي بعد الحرب العالمية الاولى وظهور عصبة الأمم بمقتضى معاهدة فرساي سنة 1919 لحفظ السلم وتنظيم العلاقات المختلفة وتأسيس هيأة الأمم المتحدة 1945 .عالمية المجتمع الدولي وساعد على ظهور الطابع المسيحي المسيطر وأدى إلى بروز دول جديدة على الساحة الدولية وانهيار النظام الاستعماري بفعل الحركات التحررية ، وظهور الكثير من الدول الحديثة الاستقلال وتكتل الدول الحديثة للدفاع عن مصالحها ، بروز ظاهرة الوعي القومي في أوربا الشرقية بعد انهيار الاتحاد السوفيتي ، اتحاد بعض الدول كالألمانيتين واليمنين وارتفاع عدد أعضاء المجتمع الدولي.

المقطع الثالث : أشخاص المجتمع الدولي:

1- الدولـــــــة

المحور الثاني : اشخاص المجتمع الدولي

1- الدولــة:

ينظر إلى الدولة من عدة جوانب كونها ظاهرة تاريخية و سياسية و اجتماعية وقانونية. فهناك من ينظر إليها على أساس اعتبارها ظاهرة نظامية، فيعرفها بأنها الإنسانية المنظمة، أو الأمة المنظمة وهناك من ينظر إليها باعتبارها ظاهرة قوة على أساس أنها تقوم على وجود حاكم ومحكومين. وهناك من ينظر إليها من زاوية تاريخية، و يعتبرها ظاهرة طبقية ارتبط وجودها بوجود الصراع الطبقي من أجل تملك وسائل الإنتاج. وهناك من ينظر إليها من زاوية اجتماعية ويعتبرها قائمة على روابط اجتماعية معينة. وهناك من ينظر إليها من زاوية قانونية، فيعتبرها التشخيص القانوني للأمة.

الدولة كظاهرة اجتماعية و سياسية:

حسب هذا الاتجاه، الدولة كظاهرة اجتماعية، ترتكز على ثلاثة عناصر هي: العنصر البشري: و يقصد به المجموعة البشرية التي تقطن أرضا معينة وبصفة دائمة ومستمرة، إذ لا يمكن تصور دولة بدون العنصر البشري، ويقصد به مجموعة الأفراد الطبيعيين الذين يقيمون على إقليم الدولة أو يشكلون سكان الدولة، ويخضعون لسلطانها وسيادتها، سواء كانوا يحملون جنسيتها أو لا، ولا يشترط في تعداد السكان رقما معينا حتى تثبت الشخصية القانونية للدولة، فالمجتمع يضم دولا يزيد عدد سكانها عن 800 مليون مثل الهند أو الصين، و يضم دولا عدد سكانها آلاف فقط، مثل دولة قطر، إلا أن عدد السكان يلعب دورا في القوة الاقتصادية والتنظيمية والعسكرية وينقسم سكان الدولة إلى مفهومين:

1- الشعب بالمفهوم السياسي: نعني به جميع أفراد الدولة الذين يمارسون الحقوق السياسية، مثل حق الانتخاب وتولي المناصب العليا في الدولة، ويمكن أن نجد فئات لا تستطيع أن تزاول الحقوق السياسية كالمساجين والمحكوم عليهم بالحرمان من الحقوق السياسية والذين لم يبلغوا سن الرشد، وتختلف الأنظمة السياسية والانتخابية في العالم في تحديد هذه الفئة.

2- الشعب بالمفهوم الاجتماعي: وهم أفراد الدولة الذين يحملون جنسيتها ويخضعون لسلطتها، بغض النظر عن سنهم وأصلهم وجنسهم وحالتهم الصحية والعقلية، أي مجموعة الأفراد الذين يتمتعون بصفة المواطنة، وتلعب الجنسية دورا في التمييز بين المواطن والأجنبي، ولهذا الغرض تتولى التشريعات الوطنية في إطار مبادئ القانون الدولي الخاص لتحديد طرق اكتساب الجنسية، وأسباب فقدها والتجريد منها، تنشأ الجنسية بوجه عام، إما عن الولادة، وإما عن الإقامة في الإقليم بشروط تحددها الدولة.

والقاعدة الدولية تقتضي بأن يكون لكل إنسان جنسية، وأن يكون حرا بترك هذه الجنسية لاكتساب جنسية أخرى، وذلك بالتقيذ بقانون الدولة التي يرغب في الانفصال عنها، والدولة التي يطلب الانتماء إليها وفقا لما أشارت إليه المادة 15 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و يترتب على وجود جنسية.

الإقليـم:

يعتبر الإقليم الركن الثاني من أركان الدولة، وهو الرقعة الجغرافية التي تستقر عليها الدولة، ولا يمكن أن تنشأ الدولة بدون هذا العنصر، وهو الجزء المحدد من الكرة الأرضية الذي يخضع لسيادة الدولة.

خصائص الإقليم: أن يكون محددا ومعينا، يتطلب الأمر ضبط حدود الإقليم، فلا بد لأن تكون حدود كل دولة معلومة، حتى تتمكن من بسط سيادتها عليه، ولا بد أن يكون هذا الإقليم ثابت غير متنقل، وتكون حدود الإقليم محددة، إما بمعالم طبيعية أو اصطناعية أو وهمية، مثل الجبال أو الأنهار أو الأسلاك الشائكة أو الخطوط الوهمية، ولا يشترط في إقليم الدولة أن يكون متصلا أي قطعة واحدة، فقد تكون متقطعة كاليابان والفلبين وأندونيسيا، وقد يكون مجزأ تتوسطه دولة أخرى مثل ولاية ألاسكا التي تفصلها كندا عن باقي الدول، ولا يهم حجم إقليم الدولة، فهناك دول تقدر مساحة إقليمها بملايين الكلم المربع كروسيا، الصين، الولايات المتحدة الأمريكية، في حين أن هناك دولا لا تتجاوز مساحة إقليمها 22 كلم مربع مثل جزيرة نورو، كما لا يشترط أن يكون إقليم الدولة مأهولا بالسكان بكامله، مثل الدول الصحراوية.

أنواع الإقليم:

1-الإقليم البري: ويتكون من الجزء اليابس من الأرض، وما فيه من أنهار وبحيرات كالسهول والوديان والصحاري والتلال، الهضاب، ويمكن أن يكون محدد بعناصر طبيعية أو غير ذلك، المهم أن تكون هذه الحدود معلومة حتى تتفرد الدولة بها، وتمارس عليها حقوقها وتستغلها كما تشاء، كما تفرض الدولة سلطتها على باطن إقليمها.

2-الإقليم البحري: ويشمل المساحات المائية التي تعد جزء من إقليم الدولة، ونجد فيها المياه الداخلية والبحر الإقليمي، وليست كل الدول تملك مجالا بحريا، فهناك دول محصورة مثل المجر والتشاد والنيجر لا تمتلك مجالا بحريا، والمياه الإقليمية حددت بمسافة 12 ميلا انطلاقا من أقصى نقطة في حالة الجزر، أو بالعودة إلى الخطوط المستقيمة التي تربط على مختلف الرؤوس عندما يكون الساحل كثير التعرجات، وذلك طبقا بما جاء في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة 1982 وكانت هذه تحدد بـ 03 أميال ويخضع البحر لسيادة الدولة، وتمتد هذه السيادة لتشمل الفضاء الذي يعلوه، وقاع البحر وباطن تربته، وهذا يعني أن الدولة تمارس اختصاص عام عليه، فتستطيع أن تستغل ثرواته وتنظم الطيران فوقه، ولا يحد من هذه السيادة إلا قيد واحد وهو كفالة مرور السفن التابعة للدول الأجنبية.

3-الإقليم الجوي: وهو الفضاء الذي يعلو المجال البري والبحري للدولة، وقد ساد مبدأ في القديم، هو أن من يملك الأرض يملك ما تحتها وما فوقها، ولم يكن الفضاء يشكل نزاعات بين الدول، غير أن اعتبارات القرن 20 وتطور صناعة الطيران، وبداية استغلال الفضاء الخارجي سواء لأغراض سلمية أو غير سلمية، أدى إلى ضرورة تنظيم الفضاء الجوي، وفي هذا الإطار عقد مؤتمر باريس 1919 أقر مبدأ سيادة الدول على طبقات الجو التي تعلو الإقليم مع إلتزام الدول المتعاقدة بحق العبور الجوي في إقليمها للطائرات التابعة للدول الأجنبية الأعضاء في هذا الاتفاق، وأهم اتفاقية في هذا الشأن هي اتفاقية شيكاغو مبررة سنة 1940 المتعلقة بتنظيم الطيران المدني، وتضمنت المبادئ التالية:

- الاعتراف بسيادة كاملة على فضائها الجوي.

- لكل دولة متعاقدة الحق في تسيير طائراتها فوق إقليم دولة أخرى.
- الحق في إتباع خطوط جوية منتظمة وفقا لتسيير منظمة الطيران المدنية.

طبيعة علاقة الدولة بالإقليم: طرحت عدة نظريات في هذا المجال:

1- نظرية الإقليم المحل أو الموضوع: اختلف أنصار هذه النظرية في تحديد نوع تلك السلطة، فذهب بعض الفقهاء إلى القول أن حق الدولة على إقليمها هو حق ملكية وبمعنى آخر حق الدولة على إقليمها لا يختلف عن حق الفرد عن ماله الخاص، هذه الفكرة نشأت في النظام الإقطاعي الذي كان يخلط بين شخص الأمير وشخصية الدولة، بحيث كان إقليم الدولة مما عليه من سكان وممتلكات يعتبر ملكا للأمير ،غير أن هذا الاتجاه يخلط بين الملكية والسلطة والسيادة، فحق الملكية خاضع للقانون الخاص، يخول لصاحبه القيام بالتصرفات المادية للانتفاع والاستعمال والإدارة، بل حل تدمير. أما السلطة أو السيادة فهما مفهومان من مفاهيم القانون العام لا يتغيران لتحقيق مصلحة خاصة، فالسيادة تخول الدولة القيام ببعض التصرفات كممارسة السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية على إقليمها.

2- نظرية السيادة: ترى بأن حق الدولة على إقليمها ليس حق ملكية، ولكن حق السيادة بمعنى أن الإقليم هو محل لممارسة سيادة الدولة، ويعاب على هذه النظرية أن السلطة أو السيادة هي سلطة الأوامر، والأوامر لا تمارس إلا على الأشخاص، أي أن الدولة لاتمارس الأوامر على الإقليم.

3- نظرية الإقليم كعنصر منشأ للدولة: كعنصر منشأ للدولة مفادها أن الإقليم لا يقبل الانفصال عن الدولة لأنه جزء لا يتجزأ عنه من كيانها، وعلاقة الدولة بالإقليم أشبه بعلاقة العضو بالجسد بالنسبة للإنسان، فالدولة لا يتصور وجودها دون إقليم، وانتقدت هذه النظرية لأن اعتبار الإقليم جزء من إقليم الدولة وشخصيتها، فإن أي تنازل عن جزء من إقليم الدولة سوف يترتب عليه المساس بجوهر وطبيعة وشخصية الدولة، والواقع يثبت غير ذلك لأن الدولة يمكن أن تتنازل عن جزء من إقليمها دون أن يؤدي ذلك إلى المساس بشخصيتها، وهذه النظرية تعجز عن تفسير الحالات التي يمارس بها الاختصاص الإقليمي على نحو مشترك.

4- نظرية الإقليم كحد لممارسة الدولة لسيادتها: ترى هذه النظرية أن الإقليم مجرد إطار أو سند تمارس الدولة في نطاقه سلطتها وسيادتها، إن هذه النظرية ليست دقيقة نظرا لأنه إذا سلمنا أن هناك بعض السلطات والاختصاصات لا تستطيع الدولة مباشرتها إلا في نطاق إقليمها (كأعمال الحرب والاختصاصات الجنائية) فإن هناك حالات عديدة تباشر فيها الدولة اختصاصات خارج إقليمها، كخضوع السفينة في البحر لقانون دولة العلم. ومباشرة الاختصاص الشخصي وبصفة خاصة فيها يتعلق بالحماية الدبلوماسية التي تفرض تطبيق الاختصاص على إقليم دولة أخرى ومفاد هذه النظرية أن إقليم جزء من اليابسة يطبق فيه نظام قانون الدولة أي أن الإقليم هو الاختصاص المكاني للدولة والإطار المشروع لنظامها القانوني، فالدولة تستطيع مباشرة مجموعة من الوظائف على إقليمها.

السلطة السياسية الحاكمة في الدولة: يقصد بالسلطة الحاكمة في الدولة الهيئة التي تمارس وظائف الدولة بسلطات مختلفة وأهم ما يميز الحكومة أو السلطة العامة أنها تمثل الدولة في الداخل والخارج، وهي قادرة على ممارسة كل اختصاصاتها بفعالية، والقانون الدولي لا يهتم بشكل نوعية النظام السياسي والإقتصادي والإجتماعي للدول، وهذا المبدأ عدم التدخل في طبيعة النظام القائم لدى الدولة، وأصبح مبدأ قانونيا دوليا نصت عليه عدة اتفاقيات دولية مثل المادة 02 الفقرة 07 من ميثاق منظمة الأمم المتحدة.

المبادئ التي تحكم ممارسة الحكومة لسلطات الدولة:

1-مبدأ فعالية الحكومة: المقصود به هو أن تقوم الهيئة الحاكمة بممارسة سلطات فعلية وفعالة في إقليم الدولة في مواجهة سكان هذا الإقليم، فيجب على الحكومة أن تمارس سلطاتها فعليا، وأن تقوم بهذه المهام والصلاحيات داخل وخارج الدولة، وتظهر أهمية ذلك في إمكانية فرض أوامرها عن طريق الإكراه.

2-مبدأ استمرارية الدولة: المقصود به أن أية حكومة لاحقة تلتزم بأداء المعاهدات والالتزامات التي ارتبطت بها الدولة في عهد الحكومة السابقة، فالحكومة تعمل لحساب الدولة باسمها، فالذي يتعهد ويلتزم هو الدولة وليس أعضاء الحكومة، وبالتالي تبقى هذه الالتزامات ملزمة ما دامت الدولة قائمة، ومهما تغيرت الحكومات. إن العناصر الثلاثة الداخلة في تكوين الدولة (الشعب، الإقليم، السلطة العامة)، هي عناصر ضرورية

ولازمة، ولكنها ليست كافية، فيتطلب الأمر وجود السيادة كما هو معروف في القانون الدولي.

السيــادة: يقصد بها كما عرفها جون بودان:

- سلطة عليا داخل الإقليم.
- استقلالية مطلقة عن أية سلطة خارجية.
- عنصر جوهري للدولة لا تظهر إلا بها وتزول بزوالها.
- العنصر الأساسي في تكوين الدولة والعامل الحاسم في التمييز بينها وبين الكيانات الأخرى.
- التجمع السياسي والصلاحيات لدى الهيئة الحاكمة في كافة مظاهر السلطة داخليا وخارجيا، بحيث لا يعلو على سلطاتها سلطات أو بمعنى آخر إمكانية الدولة في تقرير ما تريده سواء في المجال الداخلي أو الخارجي.

وعرفها الدكتور العناني ، أنها:

سلطة الدولة العليا على إقليمها ورعاياها، واستقلالها عن أية سلطة أجنبية، وتمتعها بكامل الحرية في تنظيم سلطاتها التشريعية والإدارية والقضائية، وهي أيضا كاملة الحرية في تبادل العلاقات مع غيرها على أساس المساواة فيما بينها.

صفات السيادة: وهي:

- السيادة هي ولاية الدولة في حدود إقليمها ولاية انفرادية ومطلقة، وهذا ما قررته محكمة العدل الدولية في الحكم الذي أصدرته في مضيق كورفو سنة 1949 م (على أن احترام السيادة الإقليمية فيما بين الدول المستقلة، يعد أساسا جوهريا من أسس العلاقات الدولية).
- السيادة لا تقبل التجزئة: بمعنى أنه لا يمكن أن يكون في الدولة أكثر من سيادة، لأن تجزئة السيادة معناه القضاء عليها، ويمكن توزيع ممارسة السلطة على الأجهزة الحكومية المختلفة، إلا أن السيادة تظل واحدة.
- السيادة لا تقبل التصرف، وهو عدم جواز التنازل عنها لأن الدولة التي تتنازل عن سيادتها تفقد ركنا من أركان قيامها، وتنقضي شخصيتها الدولية، وليس بمعنى ذلك أن

الدولة لا تتقيد في نطاق العلاقات الدولية بما تعقده من معاهدات دولية، تلتزم فيها بالقيام أو بالإمتناع عن عمل، إلا إذا كانت هذه المعاهدة تحد من سيادتها.

مظاهر السيادة:

المظهر الدولي: وهو حرص سلطات الدولة على الأشخاص وعلى الإقليم، و هذا ما يعرف بالسيادة الإقليمية والسيادة الشخصية.

المظهر الخارجي: هو حق الدولة في الدخول في علاقات دولية مع غيرها من الدول في عقد المعاهدات والانضمام إلى المنظمات الدولية والاعتراف بالدول، وعدم الاعتراف بها، وباختصار هي حرية الدولة في إدارة شؤونها الخارجية وتحديد نوعية علاقاتها مع غيرها من أشخاص المجتمع الدولي.

طبيعة السيادة:

تطور مفهوم السيادة عبر العصور، فبعد أن كانت السيادة مطلقة في القرن 16 ، والتي معناها أن الدولة لها كامل الحرية في إدارة شؤونها الداخلية والخارجية، وبصفة كاملة دون أن توضع عليها قيود، خاصة على المظهر الخارجي لأنه أصبح يتعارض مع سيادة الدول الأخرى، لذا اتجه القضاء والفقه الدولي إلى العمل بفكرة السيادة النسبية والسيادة المقيدة بالقواعد الدولية التي تشارك في وضعها.

فسيادة الدولة أصبحت مقيدة بحدود يفرضها التعاون الدولي وتفرضها متطلبات الأمن والسلم الدوليين، إضافة إلى نمو العلاقات الدولية والتطور العلمي الفكري وزيادة عدد الدول وضرورة إشتراكها في حياة دولية واحدة، أدى إلى تغليب المصلحة المشتركة الإنسانية، ومن ثم التقليل من مفهوم السيادة المطلقة، ذلك أن هذه الأخيرة تتراجع كلما زاد المجتمع الدولي تضامنا.

الآثار القانونية للسيادة:

1- الشخصية الدولية الكاملة: هي من أهم الخصائص التي تميز الدولة، وهذه تعني أن الدولة هي الكيان الوحيد الذي يتمتع بها، فسوف نرى أن المنظمات الدولية تتمتع بشخصية دولية معينة، وتتميز الشخصية القانونية الدولية بالنسبة للدولة عن باقي الكيانات بمــا يلي:

- هي أن الدولة تنفرد بالتمتع بالشخصية الدولية الكاملة، أي أنها الكيان الدولي الوحيد الذي يتمتع بجميع الحقوق والواجبات الدولية، وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري سنة 1949 عندما طلب منها توضيح ما إذا كانت منظمة الأمم المتحدة تتمتع ببعض الحقوق التي تتمتع بها الدولة، وخاصة إمكانية مطالبتها بالتعويض من إسرائيل إثر عملية اغتيال مندوب الأمم المتحدة أثناء قيامه بواجبه، ووضحت ما يلي: أن الدولة هي الشخص الاعتباري الوحيد الذي يتمتع بالشخصية الدولية الكاملة، وبالتالي تتمتع بكافة الحقوق والواجبات المعترف بها من قبل القانون الدولي.
- هي أن الدولة هي الكيان الذي يتمتع بالشخصية الدولية بصورة أصلية، أي نتيجة لمواصفات ذاتية باعتبارها واقعية وباعتبارها واقع اجتماعي وتاريخي وليس نتيجة عن إرادة أخرى، فالمنظمات الدولية تتمتع بالشخصية المعنوية نتيجة لأن الدول هي التي أحدثتها وهي التي أصبغت عليها تلك الشخصية.

وتتمتع الدولة بالشخصية المعنوية، يترتب عليه مجموعة من النتائج:

- أن الدولة تتصرف من خلال أجهزتها المكونة من أفراد طبيعيين، يمثلون الدولة من رئيس الدولة وزير الخارجية، أو المبعوثين الدبلوماسيين، إلى غير ذلك، فكافة الآثار القانونية الناتجة عن هذه التصرفات اكتساب الحقوق ومن تحمل الالتزامات، لا تنصرف إلى الأفراد الذين أبرموها، وإنما تنصرف إلى الدولة، فهم يعملون لحساب ذلك الشخص المعنوي.
- مهما تغير الأشخاص الممثلين للدولة، ومهما تغير نظام الحكم، ومهما طرأ على الإقليم من زيادة أو نقصان، ومهما زاد أو نقص شعب الدولة فإن الشخص المعنوي المتمثل في الدولة يبقى قائما.
- يترتب على الشخصية القانونية الدولية وجود نظام المسؤولية الدولية، فهي علاقة بين الدولة المرتكبة لعمل غير مشروع و الدولة أو الدول المتضررة.

2- الاستقلالية في العلاقات الدولية: ينتج عن تمتع الدولة بالسيادة ما يلي:

- حرية الدولة في ممارسة صلاحياتها الداخلية والخارجية وعدم التدخل في الشؤون الداخلية.

- المساواة في السيادة بين الدولة و تتضمن المساواة ما يلي:

أن الدول متساوية قانونيا.

أن كل دولة تتمتع بكامل الحقوق المرتبطة بالسيادة.

كل دولة تتمتع باحترام وحدة أراضيها واستقلالها السياسي.

تتمتع في النظام الدولي بحقوق دولية وتفرض عليها التزامات دولية.

كل دولة حرة في اختيار نظامها السياسي والاجتماعي والاقتصادي والثقافي والاعتراف.

مفهوم الإعتراف بالدولة: عرف معهد القانون الدولي الاعتراف بالدولة، بأنه: تصرف حر يصدر عن دولة واحدة أو عدة دول للإقرار بوجود جماعة بشرية فوق إقليم معين، تتمتع بتنظيم سياسي واستقلال كامل، وتقدر على الوفاء بإلتزاماتها الدولية. فالإقرار سياسي ينتج آثارا قانونية أو هو الاعتراف من طرف الدولة بوجود كيان جديد استكمل عناصر الدولة، وهي تقبل التعامل معه كعضو في الجماعة الدولية.

أشكال الاعتراف:

- يمكن أن يكون الاعتراف صريح، وذلك عندما يصدر من الدولة بيان رسمي للاعتراف بالدولة الجديدة
- يمكن أن يكون الاعتراف ضمني، وذلك حين تدخل الدولة في علاقات دبلوماسية مع دولة جديدة، أو تجري اتصالات رسمية مع رئيس الدولة، أو تعقد معها اتفاقيات دولية.
- الاعتراف قد يكون فرديا، وهذه هي القاعدة العامة، كما يمكن أن يكون جماعيا، مثل (الاعتراف الجماعي بالدولة اليونانية سنة 1982).

أشكال الدول: أولا يجب التفرقة بين أشكال الحكومات وأشكال الدول، فالمقصود بشكل الحكومة نظام الحكم الداخلي، هل هو ملكي؟ أم جمهوري ؟ أم دكتاتوري ؟ أم ديمقراطي ؟ ويمكن أن تقسم الحكومات إلى حكومة ملكية دستورية، أو ملكية مطلقة، و يمكن أن تكون جمهورية ذات نظام برلماني أو ذات نظام رئاسي، أو ذات نظام مجلسي، وهذه التصنيفات كلها تخضع للقانون الدستوري.

أما المقصود بشكل الدولة وهو تركيبة هذه الدولة في المجتمع الدولي ومدى فعاليتها فيه، ويمكن تصنيفها إلى عدة أشكال بحسب عدة معايير.

الدول حسب مركزها السياسي: وتصنف إلى دول كاملة السيادة ، ودول ناقصة السيادة، ونتحدث أيضا عن دول معدومة السيادة، ويصنفها الفقه من حيث شكلها إلى دول بسيطة ودول مركبة

الدول حسب مبدأ السيادة: فنجد

الدول ذات السيادة الكاملة: وهي الدولة التي لا تخضع في إدارة شؤونها الداخلية أو الخارجية لسيادة أو رقابة دولة أخرى، فهي مستقلة استقلالية كاملة داخليا وخارجيا وهو الوضع الطبيعي الذي يجب أن تكون عليه الدول، وقد وضح ميثاق الأمم المتحدة على أن الأمم متساوية في المجتمع الدولي، وحرمت التدخل في شؤونها الداخلية.

الدول مقيدة السيادة: وهي الدول التي لا تمارس سيادتها وسلطاتها بكامل حريتها بسبب خضوعها لدولة أجنبية أو هيئة دولية، وأشهر أنواع الدول ذات السيادة المقيدة هي:

- الدول التابعة.
- الدول المحمية.
- الدول الموضوعة تحت الانتداب
- الدول المشمولة بالوصاية.
- حالة الحياد الدائم

تقسيم الدول بحسب شكلها: الدول البسيطة و الدول المركبة.

يقصد بشكل الدولة طبيعة البنية الداخلية للسلطة داخل الدولة خاصة السلطة السياسية، وممارسة الأمور المتعلقة بالسيادة في الدولة. هل هي خاضعة لسلطة واحدة ؟ أم أنها مسندة إلى هيئة حاكمة توزع فيها السلطات إلى عدة مراكز سلطوية في الدولة ؟ من هذه الزاوية يمكن تقسيم الدول إلى دول بسيطة ودول مركبة.

الدول البسيطة أو الموحدة:

- تكون الدولة بسيطة عندما تكون موحدة سياسيا، ولو كانت مقسمة إداريا.
- والدولة البسيطة يكون لها دستور واحد، وتصدر فيها القوانين والتشريعات من سلطة واحدة.
- يتمتع مواطنوها بجنسية واحدة، وهذا النوع هو النوع الغالب الموجود حاليا، ويبقى شكل الدولة بسيطة مهما كان نوع التقسيم الإداري، سواء كان تقسيما مركزيا أو لا مركزيا،

وقد يمنح الحكم الذاتي لمنطقة إقليمية معينة، وذلك أيضا لا يؤثر على شكل الدولة، مثل دولة العراق سابقا بمنحها حكما ذاتيا للمحافظات التي توجد فيها أغلبية كردية، أو الدولة الإسبانية بعد منح الحكم الذاتي لإقليم الباسك.

الدولة المركبة: وهي الدولة التي تتركب من عدة دول وفيها تتوزع مظاهر السيادة بين أكثر من سلطة في المجال الداخلي، وكذلك في القانون الدولي.

الإتحاد الشخصي: وهو اتحاد بين دولتين أو أكثر، ويكون هذا الإتحاد في شخص الرئيس، أما الأمور الأخرى فكل دولة تحتفظ بسيادتها الداخلية والخارجية، ويحدث هذا الإتحاد بسبب أعمال المصاهرة التي تحدث بين العائلات المالكة، و يتميز هذا الإتحاد بما يلي:

- توحيد رئاسة الدولة وشخص الرئيس الذي يمارس رئاسة الإتحاد، وأيضا يمارس رئاسة الدولة الداخلية
- الإتحاد الشخصي يعني تمتع كل دولة باستقلالية داخلية وخارجية عن دولة الإتحاد، وعلى الدول الأعضاء في هذا الإتحاد، لذلك يحق لكل دولة عضو أن يكون لها تمثيل دبلوماسي، وأن تعقد المعاهدات الدولية.
- والحرب التي تنشأ بين الدول الأعضاء هي حرب خاضعة للقانون الدولي وليست حرب أهلية، وتتحمل كل دولة المسؤولية باستقلالها عن الدولة الأخرى.

الإتحاد الفعلي أو الحقيقي: وهو إتحاد بين دولتين أو أكثر في شخص الرئيس وفي السياسة الخارجية وفي الشؤون العسكرية، ويمكن أن يمتد إلى مصالح أخرى، في هذا الإتحاد تذوب الشخصية القانونية للدولة العضو، وتنشأ شخصية قانونية جديدة هي دولة الإتحاد، وتعمل هذه الدولة على ممارسة الأمور المتعلقة بالسيادة الخارجية باسم ولصالح الدول الأعضاء، وأي حرب تقوم ضد دولة الإتحاد هي حرب ضد كل الأعضاء، والحرب الداخلية التي تنشأ بين الدول الأعضاء هي حرب أهلية خاضعة للقانون الداخلي، و من أمثلة هذا الإتحاد:

الإتحاد بين السويد و النرويج 1815 - 1905

الإتحاد بين النمسا والمجر 1867 -1918 .

الإتحاد الكونفدرالي أو التعاهدي: هو إتحاد بين دولتين أو أكثر، ينشأ بسبب وجود معاهدة دولية تهدف إلى تحقيق أهداف مشتركة بواسطة الدول مع احترام سيادة الدول الأعضاء، يتميز هذا الإتحاد بما يلي:

- ينشأ هذا الإتحاد بين دول ذات سيادة، تبقى تحافظ على سيادتها وشخصيتها القانونية وعلاقاتها الدبلوماسية، وتخضع للقانون الدولي.
- كل دولة تحتفظ بنظامها السياسي والدستوري وتحتفظ بسلطاتها القضائية والتنفيذية والتشريعية.
- كل دولة لها الحق في الانسحاب من الإتحاد متى شاءت.
- يحتفظ الأفراد بجنسياتهم الأصلية وهم أجانب في الدول الأعضاء الأخر. ومن أمثلة هذا الإتحاد :

  الإتحاد الكونفدرالي السويسري الذي نشأ سنة 1825 م.

  الإتحاد الكونفدرالي الألماني الذي نشأ سنة 1815 –1871 م.

الإتحاد الفدرالي أو المركزي : (الدولة الموحدة) وهو كثير الانتشار، مثل الولايات المتحدة الأمريكية، كندا، فنزويلا، الأرجنتين، البرازيل، نيجيريا، جنوب إفريقيا، الإمارات العربية.

الدولة الاتحادية هي كيان قانوني يعبر عن إتحاد بين دولتين أو أكثر، يقوم على أساس توزيع السلطات والاختصاصات السيادية بين الدول المتحدة وبين الدولة الاتحادية، فيسمح هذا النوع للدول الأعضاء بتسيير جزء من شؤونها الداخلية، وتعلو إرادة الدولة الاتحادية في اختصاصها على إرادة الدول الأعضاء، ينشأ مجلس إتحادي لتسيير شؤو الدولة المتحدة، و تتميز هذه الدولة بأنها:

- تنشأ سلطات عليا تشريعية وتنفيذية وقضائية، تعمل على كامل مجال الدول الأعضاء، إلى جانب ذلك تتمتع كل دولة عضو بنوع من الاستقلالية، فتبقى سلطاتها التشريعية و التنفيذية و القضائية القائمة.
- يتمتع أفراد كل الدول بجنسية الدولة الاتحادية وهي جنسية واحدة، والدولة الاتحادية هي وحدها موجودة على المستوى الدولي، والتي تتمتع بالشخصية القانونية الدولية.

- تنشأ الدولة الاتحادية بناء على الدستور وليس بناء على معاهدة حقوق وواجبات الدول.

حقوق و واجبات الدول:

للدول حقوق و عليها واجبات، وهناك عدة مواثيق دولية توضح ذلك، نذكر منها مايلي:

- معاهدة لاهاي 1889 – 1907.
- معاهدة التحكيم 1928 .
- عهد عصبة الأمم المتحدة.
- ميثاق منظمة الأمم المتحدة.
- مقررات مؤتمر باندونغ 1955 .
- إعلان مبادئ القانون الدولي المتعلق بالعلاقات الدولية بين الدول، الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة وفقا للقرار 2625.

كل هذه الاتفاقيات والقرارات تحتوي على مبادئ هامة يمكن أن نستنتج منها بصورة مباشرة أو غير مباشرة بعض الحقوق والواجبات، وهي على سبيل الذكر لا على سبيل الحصر. و نشير فيما يلي إلى هذه الحقوق:

الحق في البقاء: و يقتضي حق الدولة في البقاء أن تؤمن الدولة وجودها والمحافظة على كيانها. من أجل ذلك:

- تنفذ في أراضيها جميع الإجراءات والتدابير لهذا الغرض.
- إنشاء الجيوش و تأسيس المدارس العسكرية.
- إبرام المعاهدات المتعلقة بالتحالفات و الدفاع.
- للدولة مطلق الصلاحية في المحافظة على وجودها.
- عليها أن تدفع أي خطر يهدد كيانها ووجودها.
- تتبع كل السبل للحفاظ على سيادتها ووحدة أراضيها.
- الدفاع عن النفس الذي نصت عليه عدة مواد، منها المادة 51 من ميثاق منظمة الأمم المتحدة. واستعمال حق الدفاع الشرعي، يجب أن لا يتجاوز المقدار الضروري لرد العدوان. ولا يمكن استخدام هذا الحق إلا إذا كان العدوان مداهما و حالا. كم لا يمكن

استعمال الدفاع عن النفس في حالة الحرب الوقائية، فقد اتفق أغلب الفقهاء على عدم الأخذ بها كمبرر لمهاجمة أراضي الدولة الأخرى.

- حق البقاء الذي تتمتع به الدولة يفرض نوعا من الواجب على الدول الأخرى وخاصة الدول المجاورة و هو أن تمتنع من إثارة الاضطرابات الداخلية في إقليم دولة أخرى.
- عدم التدخل في شؤونها وذلك محظورا وفق نص المادة 02 الفقرة 01 من ميثاق منظمة الأمم المتحدة.
- حق الاستقلال: وهو حق الدولة في ممارسة سيادتها واستقلالها، وتصريف شؤونها الداخلية والخارجية بكل حرية دون أن تخضع لأية جهة أجنبية.
- حرية اختيارها نظام حكمها واختيار نظامها الاقتصادي، وتنظيم حياتها السياسية والاجتماعية والثقافية وفقا لإرادة شعبها.
- حرية إدارة ممتلكاتها و ثرواتها الطبيعية.
- تتمتع بكل حرية بكافة الحقوق التي يمنحها إياها القانون الدولي والمتمثلة في إبرام المعاهدات الدولية والانضمام إلى المنظمات الدولية، والتمثيل الدبلوماسي.
- الحق في المساواة: نتيجة لتمتع الدولة بالسيادة والاستقلالية فهي متساوية أمام المجتمع الدولي، أي أن الدولة مهما كانت صغيرة أو كبيرة، تتمتع بنفس الحقوق ، وتقع عليها ذات الواجبات التي تقع على الدول الكبرى مهما كان عدد سكانها، ومهما كانت قوتها العسكرية والاقتصادية. واستنادا لمبدأ المساواة أمام القانون فهي تطلب حماية وسلامة أراضيها، واحترام حرمة أجوائها ومياهها الإقليمية، وهذا الحق منصوص عليه في عدة نصوص قانونية، مثل ميثاق منظمة الأمم المتحدة وإعلان سنة 1970 م المتعلق بالعلاقات الودية بين الدول، وكذلك قرار الجمعية العامة لسنة 1974 والمتعلق بحقوق وواجبات الدول.
- الحصانة القضائية للدولة: لا يمكن أن تقام على دولة دعوة أمام القضاء الدولي إلا بموافقتها، ولا يمكن إطلاقا أن تقام هذه الدعوى أمام المحاكم الوطنية لدولة أخرى واستثناء يمكن أن تزول هذه الحصانة إذا قبلت هذه الدولة باختصاص القضاء الأجنبي صراحة.

واجبات الدول:

تمتع الدول بحقوقها يقتضي الالتزام بمجموعة من الواجبات، وهناك واجبات لا تقابلها حقوق، وهي الواجبات الأدبية والفرق الأساسي بين الفئتين يكمن في أن للواجبات القانونية صفة الإلزامية أو لا تمتلك هذه الفئة الثانية، فهي تطبق لكونها قواعد معاملات إنسانية. ومن أهم الواجبات الأدبية: مساعدة الدول التي تصاب بالكوارث الطبيعية أو بالأزمات الاقتصادية أو إسعاف السفن والطائرات ومراعاة مبادئ الأخلاق في المعاملات القانونية الدولية:

احترام حقوق البقاء والحرية والمساواة.

احترام الالتزامات التعاهدية وتنفيذها بحسن نية.

تسوية الخلافات الدولية بالطرق السلمية.

تنفيذ القرارات التحكيمية.

الامتناع عن مساعدة أية دولة تلجأ إلى الحرب.

الامتناع عن تشجيع الإرهاب.

عدم التدخل في الشؤون الداخلية و الخارجية للدول.

الامتناع عن الإضرار بالبيئة.

واجب إزالة الاستعمار و القضاء على التمييز العنصري.

المقطع الرابع : أشخاص المجتمع الدولي:

- المنظمات الدولية
- الشركات متعددة الجنسيات
- الحركات التحريرية
- الفرد

المحور الثاني : اشخاص المجتمع الدولي

2- المنظمات الدولية

ظهور أولى المنظمات الدولية: بذلت عدة جهود دولية أدت إلى ظهور المنظمات الدولية ويمكن تقسيم هذه الجهود كما يلي:

المرحلة الاولى : قبل 1914 وتمثل الجهود بانشاء:

اللجان النهرية الدورية: أنشأت لغرض تنظيم الملاحة النهرية مع وضع قواعد قانونية دولية والإشراف على تنفيذها مثل لجنة نهر الراين 1814 ولجنة نهر الدانوب سنة 1856.

إنشاء الإتحادات الدولية الإدارية: أنشأت عدة إتحادات دولية لغرض التعاون بين الدول من الناحية الفنية والإدارية مثل: الإتحاد الدولي للمواصلات السلكية واللاسلكية سنة 1865 يهتم بمسائل الاتصال الدولي.

إتحاد البريد العالمي 1874: مرفق دولي لتحسين التعاملات البريدية على المستوى الدولي، يهدف إلى إلزام الدول باحترام قواعد البريد الدولية بكافة أنواعه وإنشاء مكتب دولي للبريد.

الاتحاد العام لحماية الملكية الصناعية والتجارية والملكية الأدبية والفنية 1883: يهدف إلى حماية المخترعين وأصحاب العلاقات التجارية وأنشئ سجل دولي للعلامات التجارية 1886.

الاتحاد العام للتعريفات الجمركية 1892: يهدف إلى نشر التعريفات الجمركية بلغات مختلفة لتسهيل التبادل التجاري.

الاتحاد الدولي للنقل بالسكك الحديدية 1892: أهم أهدافه إقرار مبدأ النقل الإلزامي للبضائع فيما بين الدول، ومبدأ الاستمرار في النقل عن طريق استخدام تذكرة موحدة، كما يقوم بحل النزاعات الدولية المتعلقة بإجراءات الشحن.

منظمة الأرصاد الجوية 1878: تهدف إلى : توفير معلومات مناخية بوسائل النقل والمواصلات وتسهيل التعاون الدولي في تبادل المعلومات الجوية واستخدام آلات الرصد.

المعهد الدولي للزراعة 1905: يهدف إلى تطوير الزراعة.

المكتب الدولي للصحة 1907.

المرحلة الثانية : 1914 – 1945 متميزت هذه المرحلة بظهور أولى المنظمات الدولية ذات الطابع السياسي، وتمثل خاصة في إنشاء عصبة الأمم.

عصبة الأمم المتحدة: منظمة ذات طابع سياسي تهدف إلى:

- إنهاء الحرب العالمية الأولى
- الحد من التسلح .المحافظة على السلم الدولي
- تشجيع حل المنازعات الدولية بالطرق السلمية.
- أنشأت بمقتضى عهد العصبة في : 28 /04 /1919 م و هذا العهد يتكون من 26 مادة.

أهداف العصبة:

- العمل على الحد من اللجوء إلى الحرب كوسيلة لحل المنازعات الدولية.
- تكوين علاقات بين أعضاء هذه المنظمة دائمة ، قائمة على أساس العدالة و الشراكة.
- إلزام الدول بقواعد القانون الدولي.
- إلزام الدول باحترام المعاهدات.

هيكل المنظمة:

الجمعية: وهو الفرع الذي يضم ممثلين عن كل الدول الأعضاء، لكل عضو صوت واحد عن التصويت، تعمل الجمعية كجهاز تشريعي لهذه المنظمة، كما لها أن تناقش المسائل المتعلقة بالسلم والأمن الدوليين، وفحص النزاعات الدولية وتنمية العلاقات الودية وتحقيق العدالة فيما بين أعضائها.

المجلس: يضم عددا محدودا من الأعضاء، وهو بمثابة مجلس الأمن حاليا، يشمل عددا من الأعضاء الدائمين(إنجلترا، فرنسا، إيطاليا، اليابان، ألمانيا، الإتحاد السوفياتي ابتداء من 1934، وعدد من الدول غير الدائمين تنتخبهم الجمعية لمدة محدودة.

الأمانة العامة: تقوم بوظيفة الجهاز الإداري، يشرف عليها أمين عام يعينه المجلس بالإجماع.

محكمة العدل الدولية الدائمة: هي هيئة قضائية أضيفت فيما بعد في سنة 1922 ، تحولت بعد الحرب العالمية الثانية وأصبحت محكمة العدل الدولية التابعة لمنظمة الأمم المتحدة، اسباب فشل عصبة الامم: على الرغم من هذه البنية إلا أن هذه العصبة فشلت في تحقيق أهدافها بحيث أنها لم تستطع منع الحروب من النشوب، ويرجع فشلها إلى الأسباب التالية:

- القاعدة المتبعة في التصويت: حيث أن الجمعية أو المجلس كان يتخذ قراراته بالإجماع فبمجرد اعتراض عضو واحد يؤدي إلى فشل العصبة.
- عهد العصبة لم يحرم الحرب بصفة عامة: رغم أنه نص في المادة 15 على عدة إجراءات تتخذ لحل النزاعات الدولية بطرق سلمية إلا أنه أباح الوجود بالقوة في ثلاث حالات: إذا مرت ثلاثة أشهر على عرض النزاع على المجلس ولم يتخذ قرار .
- ويرجع أيضا فشل العصبة إلى تداخل اختصاصات الجمعية والمجلس، فلم تكن محددة تحديدا دقيقا، الأمر الذي أدى إلى تحلل كل طرف من مسؤولياته.

المرحلة الثالثة: بعد سنة 1945 : وقد تميزت هذه المرحلة بزيادة عدد المنظمات وتنوع نشاطها، وأخذت دورا بارزا في تنظيم العلاقات الدولية سواء من الناحية القانونية أو السياسية أو الإدارية، كما أنها تكفلت بالقضايا الاقتصادية والاجتماعية وقضايا الأمن الدولي و أهم هذه المنظمات، منظمة الأمم المتحدة، كما ظهرت ما يسمى بالوكالات المتخصصة، والتي لها علاقة بالأمم المتحدة، وهي تعمل في اختصاص معين مثل: المجال الثقافي، أو الصحة، أو الشؤون المالية أو التجارية والملاحة البحرية، والطاقة الذرية. و من أمثلتنا نشير إلى ما يلي:

- منظمة العفو الدولية.
- منظمة الأغذية و الزراعة.
- منظمة اليونسكو.
- منظمة الطيران المدني.
- صندوق النقد الدولي.
- بنك الإنشاء و التعمير.
- منظمة الصحة العالمية.
- إتحاد البريد العالمي.

- الوكالة الدولية للطاقة الذرية.
- منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية.

كما ظهرت في هذه الفترة المنظمات الإقليمية، والتي يقتصر دورها على منطقة محدودة قد أكدت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري الصادر في: 16 جوان 1948 حول قضية تعويض الأضرار الناجمة عن أعمال مرتكبة ضد أجهزة الأمم المتحدة (إن تطور القانون الدولي تأثر خلال تاريخه متطلبات الحياة الدولية الجماعية، وأدى ذلك إلى انبثاق أمثلة من الأعمال الدولية التي تقوم بها كيانات لا تعتبر دونه، هذا ما أكدت عليه المبادئ المشتركة للمنظمات الدولية.

لا بد من دراسة القواعد المشتركة التي يجب تطبيقها على مختلف المنظمات الدولية بالرغم من أن كل نظام قانوني لكل منظمة يختلف ، إلا أن هناك سمات مشتركة لا بد من دراستها.

القواعد المشتركة للمنظمات الدولية:

- تمتعها بصفة الديمومة: الغرض من إنشاء المنظمة تحقيق تعاون دولي في موضوع معين بصفة دائمة بخلاف المؤتمرات الدولية التي تنتهي بمجرد إبرام المعاهدات وإسباغ صفة الديمومة على المنظمة، معناه أن تباشر هذه المنظمة اختصاصاتها كوحدة قانونية بصفة مستمرة، والهدف من ذلك تحقيق استقلالية للمنظمة في مواجهة أعضائها بخلق إرادة ذاتية لها، والغالب أن الاتفاقيات المنشأة للمنظمات الدولية لا تحدد مدة لوجودها، وهذا لا يعني أنها منظمة أبدية فقد تطرأ على المجتمع الدولي حالات تؤدي إلى زوال المنظمة، مثل ما حدث لعصبة الأمم.
- تمتعها بالشخصية القانونية الدولية: معناه أن المنظمة أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات ومعناه أن المنظمة أهلا للتشريع ولإرساء قواعد قانونية دولية وترجع ضرورة تمتعها بشخصية دولية للأسباب التالية:

الطبيعة الخاصة لنظام القانون الدولي: حيث أن هذا النظام لا يقوم على وجود سلطات عليا في المجتمع الدولي تتكفل بتشريع القوانين وتنفيذها وتوقيع الجزاء عند مخالفتها ولأجل ذلك لا بد أن تكون أهلا لأن تخاطب و تخاطب بقواعد القانون الدولي، ولذلك غالبا ما نجد المنظمات الدولية تتكون من أجهزة يقع على عاتقها تنفيذ هذه

التشريعات، مثل: الجهاز التنفيذي للدولة، وهذا ما يقوم به الجهاز التنفيذي للمنظمة، وأحيانا تكمل هذه الوظائف بجهاز قضائي يلعب دور القضاء الدولي، مثل محكمة القضاء الدولي ويترتب على تمتع المنظمة بالشخصية المعنوية، النتائج التالية:

- تنسب الأعمال القانونية الصادرة عن المنظمة إليها، وليس إلى الدول الأعضاء.
- تمتع المنظمة بإرادة ذاتية إتجاه الدول الأعضاء وغير الأعضاء و كذلك إتجاه المنظمات الأخرى ، وإتجاه أشخاص القانون الدولي الأخر.
- تتحمل المنظمة الدولية المسؤولية عن الأعمال المنسوبة إليها وغير المشروعة، ولا تنسب إلى الدول الأعضاء.
- للمنظمة حق احترام المعاهدات و العقود.
- تشترك المنظمة في إنشاء قواعد القانون الدولي.
- تتمتع المنظمة بالحماية الدبلوماسية.
- أهلية التقاضي أمام المحاكم الدولية و الداخلية.
- إنشاء علاقات رسمية مع الدول و المنظمات الدولية
- التمتع بالحصانة اللازمة لمباشرة وظائف المنظمة الدولية و حماية موظفيها و ممثليها و ممتلكاتها.
- أهلية تملك العقارات و المنقولات .

أنواع المنظمات الدولية:

منظمات دولية عالمية، ومنظمات دولية إقليمية: تعتبر منظمة عالمية إذا كان تكوينها واختصاصها على النطاق العالمي، حيث تكون العضوية مفتوحة لكل دولة تريد العضوية، أما المنظمة الإقليمية فتكوينها واختصاصاتها يكون يقتصر على منطقة جغرافية محددة وتكون مبنية على روابط تتحد فيها هذه الروابط الإقليمية.

منظمات دولية عامة ومنظمات دولية متخصصة: والمنظمة العامة هي المنظمة التي يقتصر نظامها على قطاع معين، فتكون متعددة مثل: مسألة الأمن، التعاون السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي مثل منظمة هيئة الأمم، أما المنظمات المتخصصة هي تلك التي يقتصر اختصاصها على نظام معين وتصنف إلى ثلاث:

- منظمات تشريعية: وهي التي تسعى إلى توحيد القواعد القانونية الدولية، مثل: منظمة العمل الدولية أو منظمة الصحة العالمية.
- منظمات قضائية: مهمتها الفصل في النزاعات الدولية وحثا لأحكام القانون الدولي، مثل: المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، أو المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان.
- منظمات تنفيذية: وهي منظمات ذات طابع خاص والتي تنظم مسألة معينة، مثل: المنظمات الاقتصادية، مثل تلك التي تختص بتنظبم المسائل الجمركية أو النظم النقدية (اتحادات جمركية، صندوق النقد الدولي)
- منظمات دولية حكومية و منظمات دولية غير حكومية: فالحكومية هي المنظمات التي لا تنظم في عضويتها إلا الدول، مثل : منظمة الأمم المتحدة، جامعة الدول العربية.

  غير الحكومية: و هي تتميز أساسا بأنها جمعيات خاصة، لا يتم تكوينها بمقتضى اتفاق بين الحكومات، إنما بين أفراد وهيئات خاصة من مختلف الدول، تتسع إلى التأثير على العلاقات الدولية.

منظمة الأمم المتحدة: تأسست هذه المنظمة بعد الحرب العالمية الثانية ، و بعد عقد عدة مؤتمرات دولية ، تم التوقيع على ميثاقها في 26 جوان 1945 .

أهداف المنظمة:

- حفظ السلم والأمن الدوليين: لهذه المنظمة حق اتخاذ كل التدابير الفعالة لمنع الأسباب التي تهدد السلم الدولي ولها أن تقمع أعمال العدوان، وفي ذلك تستعمل إما الوسائل السلمية وفقا للفصل السادس من ميثاق منظمة الأمم المتحدة أو تستعمل الفصل السابع (التدابير العسكرية).
- تعمل على تنمية العلاقات بين الدول وفق لنص المادة 01 الفقرة 02 من ميثاقها، فإن هذه المنظمة تعمل على تنمية العلاقات الودية على أساس احترام مبدأ المساواة بين الدول في سيادتها.
- تحقيق التعاون الدولي لحل المشكلات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية وفقا لنص المادة 01 الفقرة 03.

- تكون هذه المنظمة مركزا لتنسيق أعمال الدول وفقا لنص المادة 01 الفقرة 04.

مبادئ الأمم المتحدة:

جاء في المادة 02 أهم المبادئ الأساسية التي تقوم عليها المنظمة و هي كالتالي:

- مبادئ متعلقة بحفظ السلم و الأمن الدوليين : تمثل في حل المنازعات الدولية بالطرق السلمية و تحريم استعمال القوة في العلاقات الدولية ، وفقا لنص المادة 02 الفقرة 03 على الدول إتباع الوسائل السلمية لتسوية نزاعاتها وفقا لنص المادة 33 ، هذه الوسائل هي:

المفاوضات.

التحقيق.

الوساطة.

التوفيق.

التحكيم و التسوية القضائية.

ومنعت في الفقرة 04 من المادة 02 :استخدام القوة في العلاقات الدولية .

ومن هذه المبادئ أيضا:

- معاونة الأمم المتحدة في الأعمال التي تتخذها وفقا للميثاق، وتعمل هذه المنظمة على حمل الدول على احترام الإلتزامات الناشئة عن المعاهدات وعن باقي مصادر القانون الدولي، والتي تتمثل في مبدأ المساواة بين الدول في السيادة.
- تنفيذ الإلتزامات المترتبة عن الميثاق بحسن نية.
- عدم التدخل في الشؤون الداخلية.

شروط العضوية في هذه المنظمة:

حددتها المادة 04 من هذا الميثاق:

الشروط الموضوعية:

- العضوية في هذه المنظمة معطاة للدول دون غيرها من المنظمات أو الأفراد.
- أن تكون هذه الدول محبة للسلام.
- أن تكون قادرة على تنفيذ ما تعهدت به من إلتزامات وفقا للميثاق، خاصة ما يتعلق بالأمن الجماعي

الشروط الإجرائية: يتم قبول عضوية الدول بناءا على المادة 04 الفقرة 02 بقرار صادر عن الجمعية العامة، وبتوصية من مجلس الأمن بشرط قبول أو موافقة الدول الخمس الكبرى، وتعتبر الدول عضوا ابتداءا من تاريخ صدور قرار الجمعية العامة وفقا لنص المادة 18.

إيقاف العضوية في هذه المنظمة: توقف العضوية إما وقفا جزئيا وفقا لنص المادة 19 إذا كان العضو قد تأخر في تسديد اشتراكه لمدة سنتين أو أكثر، الجمعية العامة هي التي تقوم بهذا الإيقاف، والوقف الجزئي معناه وقف الدولة في أحد أجهزة أو فروع المنظمة، أما الوقف الكلي فيشمل كافة الحقوق المترتبة عن العضوية ويمتد إلى كافة فروع المنظمة ولجانها، ويكون هذا الوقف عادة نتيجة للمخالفات الخطيرة وفقا لنص المادة 05 ، ويشترط للوقف الكلي أن يكون مجلس الأمن قد اتخذ ضد العضو عملا من أعمال القمع أو المنع وفقا للفصل 07 ويصدر قرار الإيقاف لمدة غير محدودة بتصويت من مجلس الأمن وبقرار من الجمعية العامة، و يملك مجلس الأمن وحده حق تقرير إعادة العضوية، كما تنتهي بطرق أخرى منها ما يلي:

- الفصل : نصت عليه المادة 06 من ميثاق منظمة الأمم المتحدة، ويوقع في حالة التكرار ارتكاب المخالفات من طرف هذا العضو ضد مبادئ هذا الميثاق و يتم إصدار قرار الفصل بنفس الإجراءات المتبعة في الإيقاف.
- تنتهي العضوية بفقدان وصف الدولة:
- الانسحاب: لا يوجد نص يجيز أو يحظر الانسحاب وترك ميثاق الأمر مرهونا بالظروف الدولية، ويرى الفقهاء بأنه يمكن للدولة أن تنسحب مثلما هو مقرر في مواثيق الدول الأخرى، ولأن الأمر سيادي يتعلق بحرية الدولة في الانضمام أو الانسحاب، ويرى جانب آخر عدم إمكانية الانسحاب لأن ذلك يؤدي إلى تحلل الدولة من الإلتزامات الناشئة عن الميثاق.

الأجهزة الرئيسية للأمم المتحدة:

تتألف منظمة الأمم المتحدة وفقا للمادة 07 من 06 أجهزة رئيسية ، هي:

1-الجمعية العامة: العضوية في هذا الجهاز لكل الدول الأعضاء، ولكل دولة عضو صوت واحد، عند التصويت تجتمع الجمعية العامة في دورات عادية و يمكن أن تجتمع

في دورات استثنائية إذا طلب ذلك مجلس الأمن أو أغلبية أعضاء الجمعية العامة أو طلبه أحد الأعضاء بموافقة من الأغلبية. وللجمعية العامة حق في:

- مناقشة أي قضية أو شأن وارد في ميثاق المنظمة، خاصة التطرق إلى مسألة التعاون من أجل حفظ السلام و الأمن الدوليين.
- تتدخل في حل مشاكل القانون الدولي.
- تتدخل في القضايا المتعلقة بالتعاون الدولي الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والعلمي والصحي.
- تصادق على ميزانية المنظمة.
- تتلقى التقارير الواردة من مجلس الأمن والأجهزة الأخرى.
- يساعدها في ذلك 07 لجان أساسية.
- يحق لجميع الأعضاء أن يمثلوا فيها ، و هـي:
- لجنة السياسية و الأمن.
- اللجنة السياسية الخاصة.
- لجنة الشؤون الاقتصادية و المالية.
- لجنة الوصاية.
- لجنة الإدارة و الميزانية.
- لجنة الشؤون القانونية.
- بالإضافة إلى اللجنة العامة.

2- مجلس الأمن: هو الجهاز المسؤول عن صيانة أمن الدولة، وهو يتكون من 15 عضو:

05 أعضاء دائمين، هم روسيا، الصين، فرنسا، بريطانيا، الولايات المتحدة الأمريكية.

10 أعضاء غير دائمين تنتخبهم الجمعية العامة لمدة 02 سنة ، و لا يجوز إعادة انتخابهم مرتين متتاليتين، ويتم التصويت في مجلس الأمن، بالنسبة للمسائل الإجرائية بموافقة 09 أعضاء، أما بالنسبة للمسائل الموضوعية، فيشترط أن يكون من بين هذه 09 أصوات الدول الخمسة الدائمة العضوية، وهو ما يطلق عليه حق الفيتو، والأسباب التي أدت إلى إنشاء هذا الحق، هي أسباب متعددة منها:

أن الدول العظمى تتحمل مسؤولية أساسية في حفظ السلام والأمن الدوليين ، كما كان لها الدور البارز في إنشاء هذه المنظمة، و هذا الحق هو عرضة لعدة انتقادات دولية منها : المطالبة برفع عدد الدول الأعضاء في المجلس، ومنها المطالبة برفع هذا الحق، وجعل الدول متساوية أمام هذا المجلس، إلا أن ذلك يرجع إلى ضرورة تعديل الميثاق، و لأجل تعديل الميثاق يشترط موافقة الدول الدائمة.

وظائف مجلس الأمن:

- صيانة السلم و الأمن الدوليين حسب مبادئ الميثاق.
- التحقيق بأي نزاع أو خطر يهدد السلام الدولي، وللمجلس أن يصدر توصياته المناسبة لحل هذه المشاكل.
- اتخاذ إجراءات عسكرية ضد المعتدين.
- يوصي بقبول الأعضاء الجدد ، كما يوقف أو يطرد أي عضو من الأعضاء القدامى.
- يقدم توصية بشأن تعيين الأمين العام لهذه المنظمة.

3- المجلس الاقتصادي و الاجتماعي: وهو الجهاز الذي يعمل على تنسيق الجهود الدولية في المجال الاقتصادي و الاجتماعي، فهو يقدم توصياته بشأن تنظيم هذه الأنشطة ويتألف المجلس من 05 أعضاء تنتخبهم الجمعية العامة كل عام، تمتد عضويتهم لـ 03 سنوات، يساعد هذا المجلس لجان متخصصة و هي:

- لجنة التنمية الاجتماعية.
- لجنة حقوق الإنسان.
- لجنة وضع المرأة.
- لجنة الشركات غير الوطنية المتعددة الجنسيات.
- و هناك بعض اللجان الإقليمية، ينحصر دورها في تقديم مساعدات في مناطق محددة من بين ما يلي:
- اللجنة الاقتصادية الأوربية، مقرها في جنيف.
- اللجنة الاقتصادية الإفريقية، مقرها أديس أبابا.
- اللجنة الاقتصادية الآسياوية، مقرها بانكوك.

- اللجنة الاقتصادية لغرب آسيا، مقرها بيروت.

4- مجلس الوصاية: نص ميثاق الأمم على إنشاء نظام الوصاية لإدارة الأقاليم المشمولة بهذا النظام ، يهدف هذا النظام إلى ترقية السكان و تهيئتهم للاستقلال ، و لأجل ذلك أنشأ مجلس الوصاية.

5- محكمة العدل الدولية: تعتبر بمثابة جهاز قضائي لهذه المنظمة، مقرها لاهاي بهولندا، ويعتبر نظامها الأساسي « معاهدة إنشائها » جزء لا يتجزأ من الميثاق، لكافة الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة حق اللجوء إليها مباشرة، كما لكل جهاز من أجهزة المنظمة أو الوكالات المتخصصة أن تطلب رأيا استشاريا من هذه المحكمة، ويشمل اختصاص المحكمة جميع المنازعات التي تحيلها إليها الدول، وجميع المسائل التي نص عليها الميثاق أو المعاهدات الدولية، وتستعين هذه المحكمة في إصدار أحكامها على المصادر التالية وفقا لنص المادة 38 من نظامها الأساسي:

- الاتفاقيات الدولية المعترف بها من قبل الدول المتنازعة.
- العرف الدولي.
- مبادئ القانون الدولي.
- أحكام المحاكم و آراء كبار الفقهاء في القانون الدولي.
- كما يجوز تطبيق مبادئ العدالة و الإنصاف.

تتكون هذه المحكمة من 15 قاضيا، ينتخبون من طرف الجمعية ومجلس الأمن، ويكون اختيارهم بناء على مؤهلاتهم الشخصية، وليس على جنسيتهم، ولا يجوز انتخاب قاضيين من دولة واحدة، يشغل القاضي منصبه لمدة 03 سنوات.

6- الأمانة العامة: هي بمثابة جهاز إداري يقوم على تنفيذ برامج وسياسة المؤسسة، ويرأسها أمين عام، ينتخب من طرف الجمعية العامة بناء على ترشيحه من طرف مجلس الأمن، أهم مهامه: النظر في أية مسألة تهدد السلام والأمن الدوليين. تتكون الأمانة العامة من موظفين دوليين، يعملون بالمقر الرئيسي للأمم المتحدة، وفي كل مناطق العالم، سعيا إلى تنفيذ الأعمال اليومية لهذه المنظمة، وهم موظفون مدنيون يعملون من أجل مصالح المنظمة، ولا يتلقون أية أوامر من دولهم الأصلية، يتمتع هؤلاء بحصانة و امتيازات لتسهيل وظيفتهم.

المنظمات الدولية الإقليمية:

قد تنشأ مشكلات قانونية يستحسن حلها إقليميا نظرا لأن هذه الدول الإقليمية يوجد ما بينها تضامن، وارتباط معين، كاللغة أو الدين أو التاريخ المشترك، و هذا الدور يمكن أن تقوم به منظمات إقليمية لتخفيف و تسهيل المهام الملقاة على عاتق المنظمة العالمية، سواء من الناحية المالية أو الفنية أو الزمنية، وتتميز المنظمات الإقليمية بخصائص معينة ، و هي كالتالي:

- من حيث العضوية: العضوية في المنظمة الإقليمية محدودة، وتحدد غالبا باشتراط الميثاق المنشئ للمنظمة، معيار محدد كالموقع الجغرافي أو الانتماء الاديولوجي أو الانتماء الديني أو الحضاري.
- من حيث نظام التصويت: النظام المعمول به في المنظمات الإقليمية غالبا ما يكون اعتماد قاعدة الإجماع، إلا أنه بدأ يعرف التراجع نوعا ما
- من حيث الاختصاص: اختصاص المنظمة الإقليمية محدود النطاق، ويغلب عليه الطابع التنسيقي بين عدد محدود من الدول، فأعمال ونشاطات المنظمة الإقليمية، ينحصر مجال تطبيقها في إقليم الدول الأعضاء فقط.

علاقة المنظمات الإقليمية بمنظمة الأمم المتحدة: تناول الفصل الثامن من ميثاق الأمم المتحدة، المنظمات الإقليمية، سعيا منه لضبط العلاقة بين هذه المنظمة والمنظمات الإقليمية، فتحدث الميثاق عن إنشاء المنظمات الإقليمية بناء على نص المادة52

المحور الثاني : اشخاص المجتمع الدولي

3- الشركات متعددة الجنسيات

التعريف القانوني للشركات متعددة الجنسيات: تعرف الشركة متعددة الجنسيات بأنها: ذلك المشروع الذي يتكون من مجموعة وحدات فرعية ترتبط بالمركز الأصلي بعلاقات قانونية وتخضع لاستراتيجية اقتصادية عامة تتولى الاستثمار في مناطق جغرافية معينة، كما تعرف بأنها: مؤسسة ذات مصالح عالمية تنشط في عدة دول لزيادة أرباحها، فهدف الربح هو ما يميز هذه الشركة عن المنظمات الدولية غير الحكومية.

ولا يعني الاعتراف بالشخصية القانونية لهذا النوع من الشركات الاعتراف لها بالسيادة ولا رفعها إلى مصاف الدول، إذ أن هذا الاعتراف يعني فقط تحديد التزامات وحقوق هذه الشركات.

فوضع قواعد قانونية دولية لمراقبة نشاط هذه الشركات أضحى اليوم ضرورة ملحة، لأن القوانين المحلية لكل دولة عاجزة عن حماية نفسها ضد الشركات، كما أنها في نفس الوقت عاجزة عن حماية حقوق هذه الشركات.

القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة من قبل الدول مع الشركات متعددة الجنسيات: إن السؤال الذي يطرح في هذا الموضع هو: ما هي الطبيعة القانونية للعقود التي تبرمها الدول مع الشركات المتعددة الجنسيات؟ هل هي ذات طابع دولي وبالتالي تخضع للقانون الدولي؟ أم أنها ذات طبيعة خاصة وتخضع لأحكام القانون الوطني؟

انقسم الفقه بشأن الإجابة عن هذا السؤال إلى اتجاهين اثنين:

أ /الإتجاه القائل بدولية هذه العقود:

يرى هذا الاتجاه بأن العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية هي عقود ذات طابع دولي، ذلك أن مثل هذه الشركات كامنة في قلب القانون الدولي وتملك المركز

القانوني مع الدول، وأن العقد المبرم يحكمه مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وأي إخلال بهذا المبدأ يرتب المسؤولية الدولية للدولة.

وحقيقة الأمر أن هذا الاتجاه لم يخلو من النقد الشديد، فقد أخذ عليه ان تطبيق القانون الدولي على عقود كهذه تقتضي إعداد قواعد دولية تنطبق خصيصا على هذا النوع من العقود وأن القانون الدولي لا يحتوي على مثل هذه القواعد حتى الآن.

ب /الإتجاه القائل بأن عقود الشركات متعددة الجنسيات من نوع خاص:

أي هي لا بعقود دولية ولا بعقود داخلية إدارية، بل هي خاضعة لنظام ثالث يدعى القانون شبه الدولي ينشأ من إرادة الأطراف ويستمد قانونيته من المبدأ العام" العقد شريعة المتعاقدين"، غير أن هذا الاتجاه لم يسلم بدوره من النقد، حيث أن عقود الدولة مع الشركات متعددة الجنسيات لا يمكن أن ينشأ في ظل فراغ قانوني إذ لا بد هنا أن ترتبط بنظام قانوني قبل إبرامها.

ج /الإتجاه القائل بإدارية عقود الشركات متعددة الجنسيات:

يرى هذا الاتجاه بأن العناصر الواجب توافرها حتى يصير عقد ما عقدا إداريا هي ذاتها متوفرة في العقود التي تبرمها الدولة مع الأجانب، فقانون الدولة هو الذي يحدد شروط إبرام العقود وكذا حقوق والتزامات كل طرف في العقد وتكون للدولة سلطات وامتيازات اوسع من تلك التي تمنح للمتعاقد معها كونها صاحب سيادة إذ فلا مجال للتحدث عن المساواة بين الدولة والشخص الأجنبي المتعاقد معها.

تأثير الشركات متعددة الجنسيات على سيادة الدولة

أ /في المجال الاقتصادي:

للشركات متعددة الجنسيات تأثير كبير على اقتصاديات الدول إلى درجة أن نشاطها قد يرتبط بملكية أصول معينة في هذه الدول، كما أنها لا تساعد دائما على تحقيق التنمية المرغوب فيها، إضافة إلى ذلك سيطرتها على موارد مختلفة من المال والإدارة وشبكات التسويق والتكنولوجيا، وأخيرا الحد من قدرة البلدان النامية على انتهاج تنمية تعتمد على الذات.

ب /في المجال الإجتماعي:

لا تحترم الشركات متعددة الجنسيات في غالب الأحيان حقوق العمال وتنتهك الأصالة الثقافية لسكان الدول التي تنشط فيها عن طريق نشر الأفكار الحرة ونمط العيش في البلدان الرأسمالية الغربية.

ج /في المجال السياسي:

نظرا لمركزها التفاوضي القوي تتدخل الشركات متعددة الجنسيات أحيانا في الشؤون السياسية للدول مثال ذلك مساهمة شركة التلغراف والتلفون الأمريكية في قلب نظام الحكم في الشيلي في عهد السلفادور الياندي في سبتمبر 1973

المحور الثاني : اشخاص المجتمع الدولي

4- حركات التحرير الوطني

تعريف حركات التحرير الوطني: عرف الأستاذ محمد طلعت الغنيمي حركات التحرير الوطني بأنها: حركات تستند إلى حق الشعب في استعادة إقليمه المغتصب، وتستمد كيانها من تأييد الجماهير الغاصبة على المغتصب، وتتخذ عادة أقاليم البلاد المحيطة حرمة لها تستمد منه تموينها وتدريب قواتها، ثم إنها بسبب إمكانياتها تركز جهودها على تحدي الإدارة الغاصبة لا على هزيمة جيوش الاحتلال في حرب منظمة.

ومن أمثلة حركات التحرير الوطني : جبهة التحرير الوطني الجزائرية المنبثقة عن بيان أول نوفمبر 1954 منظمة التحرير الوطني الفلسطيني) فتح (المؤسسة سنة – 1965 الجبهة الشعبية لتحرير الساقية الحمراء ووادي الذهب والمعروفة باسم الوليساريو والني تأسست في 20 ماي1973

الشخصية القانونية الدولية لحركات التحرير الوطني: كان القانون الدولي التقليدي يعتبر الأقاليم الخاضعة للاستعمار في قارتي إفريقيا وآسيا بمثابة امتداد طبيعي لإقليم الدولة المستعمرة وبناء على ذلك أصبحت الحروب التي تخوضها حركات التحرر من قبيل الحروب الداخلية) الأهلية .(غير أن الأمر لم يلبث على حاله حيث أنه في ستينيات القرن الماضي اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة **1960** والذي اعترف لجميع الشعوب في الحق في تقرير مصيرها والحرية والاستقلال عن السيطرة الاستعمارية والأجنبية.

الكلام السابق يؤدي بنا إلى القول باعتراف القانون الدولي المعاصر لحركات التحرير الوطني بالشخصية القانونية الدولية المتميزة.

حقوق والتزامات حركات التحرير الوطني:

أ /الحقوق

1-الحق في مباشرة الكفاح المسلح الذي يعتبر استثناء على مبدا حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية، فهو استعمال للقوة من أجل تصفية الاستعمار.

2-الحق في الاستفادة من تطبيق قواعد القانون الدولي الانساني وقواعد النزاعات المسلحة على الحروب التي تدخل فيها] انطباق قانون جنيف واتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949 والبروتوكولات الإضافية لاتصاف نزاعها بالطبيعة الدولية.[

3-اكتساب الشخصية القانونية الدولية الوظيفية كتلك الممنوحة للمنظمات الدولية.

4-أهلية إبرام المعاهدات والاتفاقيات الدولية، مثل إبرام جبهة التحرير الوطني الجزائرية لاتفاقية إيفيان مع الحكومة الفرنسية في 18 مارس1962

5-حق حركات التحرير الوطني في حضور اجتماعات المنظمات الدولية والعضوية فيها.

6-حق حركات التحرير الوطني في التعامل الدبلوماسي والقنصلي، وهذا من خلال منح أعضائها المسؤولين الامتيازات الممنوحة للمثلين الدبلوماسيين للدول.

ب /الالتزامات

يترتب على تمتع حركات التحري بصفة الشخصية القانونية الدولية وجوب التقيد ببعض الالتزامات التي يقرها القانون الدولي، ومن جملتها:

1- وجوب التقيد بالقواعد والمبادئ المؤطرة للعمليات العدائية واستخدام الأسلحة لا سيما ما تعلق بقانوني لاهاي وجنيف، ولذا فيجب الالتزام بمبدأ المعاملة الانسانية وشرط مارتينز وعدم المساس الأعيان المدنية والتركيز فقط على الأهداف العسكرية وكذا التمييز بين المقاتلين والمدنيين.

2- السعي نحو تحقيق السلام وعدم تقويض فرص ذلك من خلال الالتزام بالطرق السلمية السياسية والدبلوماسية لحل النزاع.

المحور الثاني : اشخاص المجتمع الدولي

5- الفرد

الفرد كشخص من أشخاص القانون الدولي

يرى أنصار المدرسة الإجتماعية الواقعية أن الأفراد هم أشخاص القانون الدولي العام على أساس أن القانون الدولي يقر له بمجموعة من الحقوق تقابلها مجموعة من الالتزامات تقع على عاتقه، وكذا أن الدولة ليست سوى وسيلة قانونية وحيلة أسبغ عليها الفقه القانوني الشخصية القانونية الاعتبارية من أجل إدارة مصالح الشعب المكون للدولة، وأن المجتمع الدولي مكون من الدول التي يحكمها ويسيرها الأفراد لخدمة مصالحهم المختلفة.

الفرد كموضوع من موضوعات القانون الدولي

يرى جانب آخر من الفقه أن الأفراد يستفيدون من تطبيق أحكام القانون الدولي العام عليهم، ويعتبرون من أحد مواضيع هذا الأخير الكثيرة) التجارة الدولية – الشركات متعددة الجنسيات – البيئة والمناخ – التكنولوجيا(، لذا فالقانون الدولي العام يضع للأفراد قواعد تحمي حقوقهم غير أنهم ليسوا مخاطبين مباشرة بوصفهم شخصا من أشخاص القانون الدولي العام.

وفي هذا الصدد يرى الفقيه الإيطالي ديونيسو أنزيلوتي أن القانون الدولي لا يقر حقوقا للأفراد ولكنه يفرض على الدول الواجبات التي تحدد طريقة تصرفها تجاه هؤلاء الأفراد وأن واجبات وحقوق الدول فيما بينها والمتعلقة بأسلوب التصرف تجاه الأفراد أدى إلى علاقة بين دولة ودولة لا يظهر فيها الفرد إلا كموضوع لحقوق وواجبات الدولة ذاتها.

المسؤولية الجنائية الدولية للفرد

إن اعتبار الفرد شخصا من أشخاص القانون الد ولي ومخاطب بأحكامه وقواعده يجعله ملزم باحترام الالتزامات الدولية تجاه حقوق الانسان بغض النظر عن موقعه في الدولة، فقد قررت الأنظمة الأساسية لكل من المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة

لعام 1993 والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا لعام 1994 المحكمة الجنائية الدولية 'الدائمة 'لعام 1998 ، وقبلها ميثاق كل من المحكمتين العسكريتين الدوليتين بكل من نورمبورغ وطوكيو لعامي 1945 و 1946 على التوالي المسؤولية الجنائية الدولية للفرد.

جامعة التكوين المتواصل

السنة أولى ليسانس حقوق عن بعد

السداسي 2

مادة:

منهجية الحقوق 2

المعامل: 03 **الأرصدة:** 03

أستاذ المادة : معيزة عيسى

من خلال ما تناولناه في مقاطع الفصل الأول فإننا نستخلص أنه قبل كتابة البحث العلمي وجب علينا كتابته في قالب معين، بتقسيمه إلى مجموعة من العناصر.

عناصر البحث العلمي:

- أولا: العنوان.
- ثانيا: المقدمة.
- ثالثا: صلب الموضوع.
- رابعا: الخاتمة.
- خامسا: الملاحق.
- سادسا: الفهارس.
- سابعا- فهرس الموضوعات.
- الأمانة العلمية.
- التهميش.
- مصادر المعلومات.

Djelfa 2021

أولا العنوان:

المقصود بعنوان البحث هو دليل الموضوع أو المشكلة أو النظرية محل الدراسة، ويشترط في العنوان الشروط التالية:

1- أن يكون موجزا مختصرا بدون إخلال.

2- أن يكون واضحا وغير غامض.

3- أن يكون شاملا لكل جزئيات وعناصر الموضوع.

4- أن يكون جذابا، بحيث يدغدغ ذهنية القارئ ويستفزه لقراءته.

5- ان يكون دقيقا واضحا محددا، بعيدا عن الغموض والعمومية بحيث يحتمل أكثر من تفسير وهذا يعتبر خطأ في العنوان.

6- الجدية والحداثة والإبداع في عنوان البحث فلا يكون تقليديا روتينيا مدروسا سلفا أو مقتول بحثا.

7- تحديد ميدان الدراسة بدقة، لأن الدراسات القانونية لها ثلاث أبعاد وهي: فقهية وتشريعية وفي الاجتهاد القضائي، فيحدد الباحث بدقة مجال دراسته ويحترم المجال الذي يضبط نفسه به في كل دراسته، وأيضا إذا كانت تشريعية ففي أي تشريع هل الجزائري فقط أم التشريع المقارن؟ فيذكر التشريعات التي سيقوم بها في دراسته بدقة. وكذلك الأمر بالنسبة إلى الدراسات التشريعية الفقهية المقارنة، أن يحدد مجال الدراسة الفقهية هل في الفقه القانوني أم الشرعي أم الطبي؟ وإذا كان الشرعي فربما يحدد المذهب الفقهي أو المذاهب الفقهية وغيرها، فعلى الطالب استيعاب ذلك جيدا، ويحدد ميدان دراسته بشكل دقيق وواضح، ويحترم ذلك في دراسته ويتقيد به.

ثانيا: المقدمـــــــــــــــة:

وهي أول ما نجده في البحث كمدخل عام للموضوع، إذ يهيئ الباحث فيها القارئ للدخول في الموضوع بإعطائه فكرة عامة عنه، وكذا أهم عناصره ومحاوره الكبرى باختصار التي سيتناولها في بحثه وبالتالي يتشكل في ذهن القارئ فكرة عامة حول الموضوع قبل قراءته والغوص في جزئياته وتفاصيله؛ لذا فالمقدمة تكون من صميم إعداد الباحث ومن أفكاره الشخصية، فلا يعتمد عادة فيها على المعلومات المقتبسة، لأنه يوضح فيها عمله ومنهجه إلى غيرها من عناصر المقدمة.

عناصر المقدمـــــــــة:

1- أهمية الموضوع:

فيذكر الباحث في عدد من النقاط ما هي الاهمية التي يمثلها موضوع بحثه كأن يكون تشريعا جديدا يحتاج إلى البحث والتحليل لتقييمه ، أو خلو الموضوع من الدراسات الأكاديمية ولم يسبق لأي باحث أن تناوله قبله، فهذه أيضا تعطي للموضوع أهمية أنه يحتاج للبحث والدراسة والتحليل، حتى يمكن للمختصين من أخذ فكرة عنه.

2- أسباب اختيار الموضوع، والأسباب نوعان:

أ- أسباب ذاتية: وهي التي لا تدخل في صميم الموضوع وليست لها لها علاقة مباشرة بالموضوع، كرغبة الباحث الشخصية، أو تكوينه القاعدي مثلا يختار موضوعا في علم الميراث كمذكرة لتخرجه بسبب تكوينه في الثانوية في تخصص الرياضيات وهي ما يحتاجه الباحث في دراسة مواضيع المواريث؛ فهذا سبب ذاتي شخصي وليس موضوعي ؛ لأنه لا يدخل في صميم البحث، أو كأن يختار الباحث موضوعا قانونيا له خلفية فقهية طبية كالتحويل الجنسي أو الخلايا الجدعية أو التلقيح الاصطناعي لرغبته وميوله الطبية، أو أن الموضوع الذي اختاره الباحث يدخل في صميم عمله كأن يكون الباحث قاضيا أو محاميا فيختار موضوعا له علاقة بالجانب القضائي، أو إذا كان إداريا فيختار موضوعا قانونيا له علاقة بالإدارة وهكذا ..... وغيرها من الأسباب الذاتية.

ب-الأسباب الموضوعية: وهي الدوافع الموضعية أي التي تدخل في صميم البحث التي أدت بالباحث لاختيار هذا الموضوع دون غيره، كالقيمة العلمية لموضوع البحث بأنه موضوع جديد لم يسبق تناوله، أو موضوعا يثير إشكالات حقيقية فقهيا أو تشريعيا أو قضائيا.....

3- الإشكالية:

وهي من أهم عناصر المقدمة، فيصيغ الباحث الإشكالية التي سيعالجها في بحثه وتكون في شكل أسئلة.

وتقسم الإشكالية إلى إشكالية رئيسية وهي التي تتعلق بالبحث بشكل عام، تندرج تحتها عدد من الإشكاليات الفرعية ، التي تتعلق بجزئيات البحث وفروعه.

4- الدراسات السابقة:

فيذكر الباحث أهم الدراسات السابقة التي كانت في صميم بحثه سواء كانت مذكرات أكاديمية أو مقالات أو كتب بيداغوجية، ويج أن يوضح الفرق بين دراسته هذه والدراسات السابقة، وما هي الإضافة التي سيضيفها بحثه لهذا الموضوع.

5- الصعوبات:

فيعدد فيها الباحث لأهم الصعوبات التي اعترضته أثناء فترة إعداد بحثه، كضيق الوقت مثلا في إعداد مذكرة التخرج لأن زمن إعدادها محدد قانونا وعلى الباحث عدم تجاوزه، أو انعدام وقلة المراجع والمصادر في موضوع بحثه، أو أن أغلبها بلغة غير لغته الأصلية، فيحتاج إلى الترجمة للوثائق وغيرها من الصعوبات التي تصادف الباحث.

6- المنهج المتبع:

فلكل موضوع منهج خاص به حسب طريقة المعالجة وطبيعة الموضوع، فإذا كان البحث مثلا دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريعات العربية فإن الباحث بالتأكيد سيطبق المنهج المقارن، أما إذا تتبع تطور ظاهرة معينة عبر حقب زمنية مختلفة فسيطبق تلقائيا المنهج التاريخي وهكذا.

7- قائمة المختصرات:

ومن الأخطاء المتداولة فيهذا العنصر أن كثيرا من الطلبة يدرجونه قبل المقدمة أو بعد الخاتمة، وهذا مسلك معيب وغير سليم، لأنه لا يحقق الغرض من هذه المسألة، فقائمة المختصرات ينبغي أن تكون في نهاية المقدمة كي يتمكن القارئ للمذكرة من معرفة مدلولات المختصرات بعد الفراغ من التعريف العام بالموضوع المبحوث ، ثم ينبه القارئ إلى المراد من تلك المختصرات حتى ينتقل إلى قراءة ما كتب على بينة من الأمر، فضلا

عن أن هذا الأمر لا يتحقق لو كانت المختصرات بعد الخاتمة، لفوات القصد من وجودها يقينا[1].

8- خطة البحث:

وكما ذكرنا أن تقسيم البحث لا بد أن يكون في خطة ثنائية، يذكرها مختصرة في مقدمة بحثه بأحد طريقتين:

أ- في شكل عناصر ويذكر أهم العناصر التي قسم إليها بحثه كالفصول والمباحث والمطالب وعناوينها، ولا يذكر التفريعات والتقسيمات الجزئية لأنها ستكون في فهرس الموضوعات، وإنما يكتفي بذكر التقسيمات الرئيسية فقط دون غيرها.

ب-أن يذكر الفصلين فقط ويشرح أهم ما جاء فيهما بشكل نثري مركز ومختصر في فقرتين صغيرتين.

وبهذا يكون الباحث قد أتم كتابة مقدمة بحثه، لينتقل بعدها لتقسيم وتبويب الموضوع.

[1]- مسعود هلالي: مرجع سابق، ص 22.

ثالثا: جذع الموضوع[1]:

المقصود بجدع الموضوع أو متنه هو الجزء الأكبر والحيوي في البحث، فهو يتضمن كافة الأقسام والعناوين والأفكار والحقائق الأساسية والفرعية التي يتكون منها موضوع بحثه، ومن صياغة وكتابة ومنهجية الدراسة وقانون الاقتباس وقواعد الإسناد وتوثيق الهوامش والإبداع والابتكار وكافة عمليات المناقشة والتحليل والنقد والشرح والوصف والمقارنة وغيرها.

أما هيكلة الموضوع أو تبويبه فهي عملية جوهرية للباحث، وتعتبر تصميما وتخطيطا للموضوع محل البحث والدراسة، فيجب أن تقوم على أسس ومعايير دقيقة، فتراعي تسلسل الأفكار وترابطها وتكاملها وتوزيعها، ويعتبر جذع الموضوع الإسهام الحقيقي للباحث في تقديم المعرفة.

ويجب أن تراعي هيكلة الموضوع ، تقسيم المشكل أو الموضوع الرئيسي الذي يدور حوله البحث إلى أجزاء وفروع وعناصر تعطى لها عناوين كامتداد للموضوع الرئيسي في الشرح والتوضيح، وكل ما تجريه على موضوع الدراسة، وما يصل إليه من تعديل أو إضافة أو اقتراح أو تأكيد .... كما تقسم وتفتت هذه الأجزاء والفروع والعناصر والأفكار إلى أجزاء وفروع وعناصر وأفكار أقل تجزئة ، وهكذا من الكل إلى الجزء ومن الأكبر إلى الأًصغر، ومن العام إلى الخاص.

ويتم تقسيم الموضوع إلى:

الأجزاء- الأقسام- الأبواب – الفصول- المباحث- المطالب- الفروع- أولا ثانيا- أ ب ج – 1 2 3- وهكذا.

وعلى الباحث أن يمهد لكل فصل بتوطئة يشرح فيها ما سيفعله في هذا الفصل مع ذكر عناوين مباحثه.

ثم يقوم بتقديم لكل مبحث أيضا يشرح فيها ما سيقوم به في هذا المبحث مع ذكر عناوين المطالب.

وهذا حتى يستوعب القارئ ويفهم ما الذي سيقوم به الباحث، ويمون الانتقال سلسا من االفكرة العامة إلى تقسيماتها.

[1] - فاضلي إدريس: مرجع سابق، ص 243.

وما دامت الدراسة تتمثل في مجموعة من المعلومات التي يجمعها الباحث من شتى المصادر والمراجع فإنه لا بد أن يحترم قواعد الإسناد وتوثيق الوثائق في الهوامش وأن يتحلى بالأمانة العلمية.

احترام قانون الاقتباس وقـانون الإسـناد والتوثيـق[2]:

توجد مجموعة من الضوابط والقواعد المنهجية، يجب على الباحث العلمـي احترامها والتقيد بها عند القيام بعملية الاقتباس :

1- الدقة والفطنة في فهم القواعد والأحكام والفرضيات العلميـة وآراء الغير المراد اقتباسها.

1- عدم التسليم والاعتقاد بأن الأحكام والآراء التي يراد اقتباسها هـي حجج ومسلمات مطلقة ونهائية، بل يجب اعتبارها دائما أنهـا مجـرد فرضيات قابلة للتحليل والمناقشة والنقد.

2- .الدقة والجدية والموضوعية في اختيار ما يقتبس منه، وما يقتـبس، يجب اختيار العينات الجديرة بالاقتباس في البحوث العلمية.

3- .- تجنب الأخطاء والهفوات في عملية النقل والاقتباس .

4- - حسن الانسجام والتوافق بين المقتبس وبين ما يتصل به، وتحاشـي التنافر والتعارض وعدم الانسجام بـين العينـات المقتبسـة وسـياق الموضـوع،

5- - عدم المبالغة والتطويل في الاقتباس، والحد الأقصى المتفق هو ألا يتجاوز الاقتباس الحرفي المباشر على ستة أسطر .

6- - عدم ذوبان شخصية الباحث العلمية بين ثنايا الاقتباسات، بل لابـد من تأكيد وجود شخصية الباحث أثناء عملية الاقتباس، عن طريق دقة وحسن الاقتباس، والتقديم والتعليق والنقد والتقييم للعينات المقتبسة.

---

[2] - مانيو جيدير: مرجع سابق، 54-55.

أنواع الاقتباس:

1- الاقتباس المباشر:

وهو الذي يقوم فيه الباحث بالنقل الحرفي للمعلومات، بهدف توفير المعلومات والبيانات، ومن المعروف أن هناك الكثير من المؤلفين السابقين الذين لديهم حججُهم القوية في كتاباتهم، وهم مصدر ثقة للجميع، ويتم الاقتباس بصورة مباشرة عن طريق نقل النص دون تغيير، وفي حالة رغبة الباحث العلمي في ذلك، فإنه يقوم بالنقل، ويضع الكلام المنقول بين قوسين " "، وبعد ذلك يقوم بوضع رقم أعلى النص، ويشير إلى المؤلف في الحواشي السُّفلية؛ من خلال وضع نفس الرقم، وهكذا بالنسبة لباقي النصوص المُقتبسة.

مثال على الاقتباس في البحث العلمي بصورة مباشرة:

"الغائب هو من ترك وطنه راضيا أو مرغما، واستحال عليه إدارة شؤونه بنفسه أو الإشراف على من يديرها نيابة عنه، مما ترتب عليه تعطيل مصالحه أو مصالح غيره، يستوي في ذلك أن تكون حياته محققة أم غير محققة "[i]

وفي نهاية الصفحة البحث في الهامش السُّفلي يُشار للمؤلف كما يلي:

الحذف عند الاقتباس:

وفي تلك الحالة يقوم الباحث العلمي بوضع ثلاث من النقاط تعبيرًا عن الحذف، ويضع بينها مسافات متساوية، بما يُساهم في عملية قراءة النص المُقتبس بشكل واضح دون عناء، بشرط أن لا يُغيِّر الحذف من المعنى الكُلِّي للجُملة المنقولة.

مثال:

في حالة ما إذا كان لدينا الجُملة التالية في المصدر:

((من المقرر قانونا أن الشخص الغائب يعتبر مفقودا بعد صدور حكم قضائي يشهد بذلك.

... إصدار حكم ثان يقضي بموته بعد انقضاء آجال البحث عليه)). [ملف رقم 118621 – قرار بتاريخ: 1995/05/02، المحكمة العليا: المجلة القضائية، ع02، 1995، ص101].

استيفاء البيانات:

ومن خلال ذلك يقوم الباحث العلمي بتصحيح الأخطاء التي قد تشوب النص المنقول، ويقوم بوضع الصحيح ما بين قوسين كبيرين كما يلي [ ] بعد الجُملة المُدوَّنة خطأ، أو يقوم الباحث العلمي بتوضيح المصطلح بعد كتابة النص وفي الهامش يُوضِّح ذلك.

2- الاقتباس بصورة غير مباشرة:

الاقتباس في البحث العلمي بصورة غير مباشرة يتم من خلال إعادة صياغة الجُمل على أن تحمل المعنى نفسه، ويُطلق على تلك الطريقة تلخيص الفكرة، ويجب أن تُمثِّل المصدر بشكل دقيق وبعيدًا عن التَّشويه في المعنى، ويجب أن تتم مُحاكاة الجُمل على غرار البنية الأصلية في الكتاب أو المصدر الذي تم اشتقاق الكلمات منه، وبعد نهاية إعادة الصياغة يقوم الباحث بوضع رقم في أعلى نهاية الفكرة أو الجُملة، ويتم تضمين اسم المؤلف في الهوامش السُّفلية.

مثل:

ويشـــترط للتفريق بين الزوجين بسبب الغياب أن تمضي سنـــة كاملة تسبب في ضــرر الزوجة، حتى ولو ترك لها الزوج الغائب ما تنفق به على بيتها ، ويمكن للقاضي حينها أن يحكم بتطليقهـــــــــــــا[ii].

1- علي سيد حسن: الأحكـــــــــــام الخاصة بالمفقود دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانونين المصري والفرنسي، مصر، دار النهضة العربية، 1984، ص17.

2- انظـر: الغوثي بن ملحـة: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، ص 91 / فريدة محمـدي: المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، ص60 / إسحاق إبراهيم منصور: نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص219.

رابعا: الخاتمة:

ويتناول فيها البحث النتائج المتوصل إليها في بحثه، مع التركيز أن النتائج ليست تلخيصا للموضوع، الخاتمة إجابة مختصرة ومركزة ومفيدة على السؤال الذي يقول: كيف قام الباحث بإعداد بحثه وإنجازه؟ وما هي النتائج التي تم التوصل إليها؟ وذلك عكس المقدمة التي تشكل إجابة مختصرة ومركزة ومفيدة على السؤال الذي يقرر: لماذا وكيف يقوم الباحث بإعداد بحثه حول هذا الموضوع؟ .ويشترط في الخاتمة الجيدة ألا تتضمن جديدا لما تم القيام به والحصول عليه من نتائج علمية نهائية، وآراء واجتهادات في البحث.

ثم يذكر بعد النتائج الاقتراحات التي يقدمها الباحث كمساهمة علمية منه من خلال بحثه لحل الإشكالية المعالجة، وعادة في الدراسات القانونية نجد في الاقتراحات إعادة صياغة المواد القانونية المعالجة بحيث تغطي الإشكالات المطروحة في متن الباحث التي عالجها الباحث.

خامسا: الملاحق:

تدرج الملاحق بعد الخاتمة مباشرة، فقد يجد الباحث أن هناك وثائق ومستندات أو أحكام وقرارات قضائية، أو نصوص تشريعية على درجة كبيرة من الأهمية، لكنه لا يستطع إيرادها في سياق البحث، وذلك لإبقائه مستساغا، فيقوم الباحث باستعمال الملاحق في آخر البحث بعد الخاتمة وقبل الفهرس، لكن يجب مراعاة الأمور التالية:

- ذكر الملاحق يكون وفقا لمحتواها وعلاقتها بالبحث.
- عدم الإكثار من الملاحق كي لا ينفر القارىء منها ويتجاهلها.
- أن تقدم بطريقة واضحة (ترقيمها وعنونتها)

ومن أمثلتها نذكر:

- الجداول والقوائم الإحصائية التي يعدها الباحث بنفسه.
- قد يتضمن الملحق وثائق قانونية أو تاريخية رسمية أو عينات أو صور حية، وأدلة اعتمد عليها الباحث .

سادسا: الفهارس:

1- فهرس المصادر والمراجع (القائمة الببليوغرافية): ويتم ترتيب المصادر والمراجع وفق الترتيب التالي:

القرآن الكريم

المراجع باللغة العربية:

أ: الكتب العامة:

-1

-2

20-

ب: الكتب المتخصصة

-21

-22

-36

ج: المذكرات والرسائل الجامعية:

-37

-45

د: المجلات والدوريات العلمية:

-46

-55

ه: القوانين والتشريعات:

-56

-60

و: المواقع الالكترونية:

-61

-62

المراجع باللغة الأجنبية:

-63 ....

سابعا- فهرس الموضوعات:

المقصود بفهرس الموضوعات هو أن يضع الباحث في نهاية البحث مرشدا لكل العناوين المذكورة في بحثه سواء كانت عناوين رئيسية أو جزئية، وكذا رقم صفحة كل عنوان، ليسترشد بها القارئ والمعرفة رقم صفحة المعلومة مباشرة دون حاجة للبحث عليها في كل الصفحات.

الأمانة العلمية

تعتبر الأمانة العلمية والنزاهة الأكاديمية أساس جودة التعليم، لذا يجب على الباحث أن يتصف بالأخلاق قبل أن يلقن العلم والمعرفة والمنهجية، وذلك من أجل إنتاج ملكية فكرية نزيهة تتصف بالأمانة العلمية.

إذا كانت أهداف البحث العلمي إضافة معارف جديدة وتقديم إسهامات في مختلف المجالات من أجل تطوير المجتمع وحل مشكلاته، فإنه ليس بالمعيب الاستناد والاستدلال بأبحاث سابقة أو بدء البحث من حيث انتهى آخرون، طالما تم إسناد تلك الأفكار والأبحاث إلى مصادرها الأصلية، ذلك أن الدراسات العلمية متشابكة وتكمل بعضها البعض.

غير أن الأبحاث العلمية قد تراجعت في السنوات الأخيرة في العالم العربي ولم تعد تضيف الجديد، لانتشار ظاهرة السرقات العلمية أو الانتحال في مجال البحث العلمي سواءً بقصد أو بغير قصد، وازدادت حدتها بشكل كبير خاصة في المحيط الجامعي فيما يخص المقالات العلمية وكذا البحوث الأكاديمية. مما أساء للبحث العلمي بشكل ملحوظ وعلى مصداقية المؤسسات البحثية على وجه التحديد مما يستدعي تظافر الجهود والبحث عن الآليات والأساليب الفعالة للحد من هذه الظاهرة.

تعريف الأمانة العلمية: وتتمثل في نسبة الأفكار والنصوص التي يتم اقتباسها إلى أصحابها مهما ضألت[1].

تعريف السرقة العلمية[2]:

للسرقة العلمية تعاريف متعددة من بينها:

أ- التعريف الذي قدمته وكالة الجامعة للدراسات العليا والبحث العلمي بجامعة الملك سعود، بحيث ذكرت أنّ: "السرقة العلمية في أبسط معانيها بأنّها استخدام غير معترف به لأفكار وأعمال الآخرين بقصد أو من غير قصد"[3].

---

[1] - عبود عبد الله العسكري، مرجع سابق ، ص 20.

[2] - عيسى معيزة: الآليات القانونية لمكافحة السرقة العلمية في ضوء القرار الوزاري 933، مجلة مسارات معرفية للعلوم الاجتماعية والإنسانية، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة صفاقس، تونس، العدد الأول، مارس 2019، ص 104.

[3] - البوبة نيوز: جمال دهشان: السرقة العلمية تهدد الأمن الفكري العربي (طباعة)، ص1 متاح على موقع: https//www.albawabhnews.com/print.aspx?id=2124382 2017

ب- عرفتها **موسوعة ويكيبيديا العربية** بأنها:" ادعاء شخص صراحة أو ضمنيا بكتابة ما كتبه آخرين أو النقل مما كتبه آخرون كليا أو جزئيا بدون عزو أو اعتراف مناسب؛ أي باختصار العزو المزور أو إعطاء الانطباع بأنك كتبت ما كتبه غيره"[4].

ث- كل عمل غير قانوني ينقل حق المؤلف الأصلي ماديا أو معنويا دون ذكر مصدره ودون الموافقة الصريحة للمؤلف الأصلي لينسبه لنفسه أو شخص آخر[5].

ج- و قد ذكر دليل عمادة التقويم والجودة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية في إطار سلسلة دعم التعلم والتعليم في الجامعة بأنّ: " السرقة العلمية أو الانتحال* هي شكل من أشكال النقل غير القانوني، وتعني أن تأخذ عمل شخص آخر وتدعي أنه عملك " [6].

د-تعرف السرقة العلمية طبقا للمادة 3 من القرار الوزاري رقم 933 بأن:" كل عمل يقوم به الطالب أو الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الاستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم أو كل من يشارك في عمل ثابت للانتحال وتزوير النتائج أو غش في الأعمال العلمية المطالب بها أو في أي منشورات علمية أو بيداغوجية أخرى"[7].

أنواع السرقة العلمية:

اتّخذت السّرقة العلمية عدّة صور كلّها تصبّ في خانة الّلصوصية إذ حدد القرار 933 أنواع السرقات العلمية حيث يمكن تجزئتها إلى نوعين[8]:

أ- المجموعة الأولى: مرتبطة بعمليات الاقتباسات، الاستخدامات والاستعمالات لمعلومات ومعارف الآخرين دون الإشارة إلى أصحابها الأصليين، وتشمل:

أ- اقتباس كلي أو جزئي لأفكار أو معلومات أو نص أو فقرة أو مقطع من مقال منشور أو من كتب أو مجلات أو دراسات أو تقارير أو من مواقع إلكترونية.

---

4 - بشرى بلعلي: المسكوت عنه في البحث العلمي، شبكة زدني للتعليم، أن ترى المستقبل المغرب،

5 سامية شاكري: قواعد النزاهة في البحث العلمي (قراءة في محتوى القرار الوزاري 933 حول السرقات العلمية)، جامعة محمد لمين دباغين سطيف، الجزائر.

6 سالم بن محمد السالم: السرقات العلمية في البيئة الالكترونية- دراسة للتحديات والتشريعات المعنية بحقوق التأليف-، المؤتمر السادس لجمعية المكتبات والمعلومات السعودية بعنوان:البيئة المعلومات الآمنة: المفاهيم التشريعات والتطبيقات، الرياض،7/6 أفريل 2010.

7 سيد الهواري، دليل الباحثين في إعداد البحوث العلمية (لمرحلة الماجستير والدكتوراه)، دار الجيل للطباعة، القاهرة ، 2004.

8 - المادة 3 من القرار الوزاري 933 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها، الصادر عن وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بتاريخ: 28 جويلية 2016، ص3.

ب- إعادة صياغتها دون ذكر مصدرها أو أصحابها الأصليين،

ت- اقتباس مقاطع من وثيقة دون وضعها بين شولتين ودون ذكر مصدرها وأصحابها الأصليين.

ث- استعمال برهان أو استدلال معين دون ذكر مصدره وأصحابه الأصليين .

ج- نشر نص أو مقال أو مطبوعة أو تقرير أنجز من طرف هيئة أو مؤسسة واعتباره عملا شخصيا.

ح- استعمال إنتاج فني معين أو إدراج خرائط أو صور أو منحنيات بيانية أو جداول إحصائية أو مخططات في نص أو مقال دون الإشارة إلى مصدرها وأصحابها الأصليين.

خ- الترجمة من إحدى اللغات إلى اللغة التي يستعملها الطالب أو الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الاستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم بصفة كلية أو جزئية دون ذكر المترجم والمصدر.

- **المجموعة الثانية:** ترتبط بأعمال المشاركة وإدراج أسماء في أبحاث غير مشارك فيها أو استغلال أعمال ومنجزات الطلبة وتقديمها في مؤتمر وما شابه، وتتضمن:

1- قيام الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الاستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم أو أي شخص آخر بإدراج اسمه في بحث أو أي عمل علمي دون المشاركة في إعداده.

2- قيام الباحث الرئيسي بإدراج اسم باحث آخر لم يشارك في انجاز العمل بإذنه أو دون إذنه بغرض المساعدة على نشر العمل استنادا لسمعته العلمية.

3- قيام الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الاستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم أو أي شخص آخر بتكليف الطلبة أو أطراف أخرى بإنجاز أعمال علمية من أجل تبنيها في مشروع بحث أو انجاز كتاب علمي أو مطبوعة بيداغوجية أو تقرير علمي.

4- استعمال الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الاستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم أو أي شخص آخر أعمال الطلبة ومذكراتهم كمداخلات في الملتقيات الوطنية والدولية أو لنشر مقالات علمية بالمجلات والدوريات، إدراج أسماء خبراء ومحكمين كأعضاء في اللجان العلمية للملتقيات الوطنية والدولية أو في المجلات والدوريات من أجل كسب المصداقية دون علم وموافقة وتعهد كتابي من قبل أصحابها أو دون مشاركتهم الفعلية في أعمالها"[9].

[9] - عمادة التقويم والجودة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، مرجع سابق، ص 12.

آليات و إجراءات مواجهة السرقة العلمية:

لقد نص القرار الوزاري(933) في طياته على مجموعة من التدابير في سبيل مواجهة هذه الجريمة ومكافحتها من خلال إقرار مجموعة من التدابير الوقائية منها والعقابية.

التدابير الوقائية، وأهمها التحسيس والتوعية، وتدابير الرقابة، أما التدابير العقابية فتتمثل في إصدار عقوبات في حق الأستاذ أو الطالب أو الباحث المرتكب لهذه الجريمة، منها إبطال الرسائل والمذكرات الجامعية، وسحبها من النشر، مع سحب اللقب الحائز عليه مرتكب جريمة السرقة العلمية[1].

ولمحاربة هذه الظاهرة الخطيرة فيمكن تقديم الاقتراحات التالية:

أ- إنجاز مبرمج إعلامي خاص بالسرقة العلمية كما تفعل كل الجامعات العالمية .

ب- توفير شبكة تواصل إلكترونية داخلية intranet بين الجامعات الجزائرية لتقديم المعلومات الضرورية في الموضوعات المطلوبة في كل تخصص ومجال تكويني أو بحثي.
ت- إقامة إجراءات ردعية ضد السرقات العلمية.

ث- تعزيز أجهزة رقابية على مستوى دور النشر للحد من ظاهرة الربح التجاري على حساب نشر الثقافة.

ج-إنشاء أجهزة رقابية لحماية الملكية الفردية (الإنتاج الفكري) وحماية للبحث العلمي.

ح- احترام قانون الاقتباس وقانون الإسناد والتوثيق: توجد مجموعة من الضوابط والقواعد المنهجية، يجب على الباحث العلمي احترامها والتقيد بها عند القيام بعملية الاقتباس:

- الدقة والفطنة في فهم القواعد والأحكام والفرضيات العلمية وآراء الغير المراد اقتباسها.

- عدم التسليم والاعتقاد بأن الأحكام والآراء التي يراد اقتباسها هي حجج ومسلمات مطلقة ونهائية، بل يجب اعتبارها دائما أنها مجرد فرضيات قابلة للتحليل والمناقشة والنقد .

---

[1] - خيرة لعروسي: مقال بعنوان: " وزارة التعليم تقر إجراءات بالسجن والفصل النهائي للمتورطين في

المصدر: جريدة www. Elkhabar.comالسرقة العلمية"، الجزائر، 2016 متوفر على الموقع :

www.الخبر، صلاح شبرة: إجراءات جديدة لمحاربة السرقات العلمية بالجامعات، وهران، 2016،

Echorokonline.com

ـ الدقة والجدية والموضوعية في اختيار ما يقتبس منه، وما يقتبس، يجب اختيار العينات الجديرة بالاقتباس في البحوث العلمية، وليس نقل أي معلومة بدون تمحيص فقط لأنها من أفكار البحث، ولكن يجب أن تكون مهمة وخادمة للبحث.

ـ تجنب الأخطاء والهفوات في عملية النقل والاقتباس.

ـ حسن الانسجام والتوافق بين المقتبس وبين ما يتصل به، وتحاشي التنافر والتعارض وعدم الانسجام بين العينات المقتبسة وسياق الموضوع.

ـ عدم المبالغة والتطويل في الاقتباس، والحد الأقصى المتفق هو ألا يتجاوز الاقتباس الحرفي المباشر على ستة أسطر .

ـ عدم ذوبان شخصية الباحث العلمية بين ثنايا الاقتباسات، بل لابد من تأكيد وجود شخصية الباحث أثناء عملية الاقتباس، عن طريق دقة وحسن الاقتباس، والتقديم والتعليق والنقد والتقييم للعينات المقتبسة[2].

---

[2] ـ مانيو جيدير: منهجية البحث (دليل الباحث المبتدئ في موضوعات البحث ورسائل الماجستير والدكتوراه)، ص 54-55.

أهم مصادر المعلومات:

فمع الثورة المعلوماتية لم يعد الكتاب أو المخطوطة الورقية فقط مصدرا للمعلومة، وإنما تنوعت المصادر ، وهي:

1- الانترنت: وهو عبارة عن مجموعة من شبكات الاتصال التي ترتبط ببعضها، ويتم عن طريقها ربط جهاز الحاسوب مع خط الهاتف، ويمكن بواسطة الإنترنت إرسال واستقبال أي نوع من أنواع المعلومات، ويتميز الإنترنت بسهولة استخدامه، وقلة تكلفته الاقتصادية بالإضافة إلى شموليّته في توفير المعلومات، ومن الخدمات التي يوفرها الإنترنت، البريد الإلكتروني لتبادل الرسائل على اختلاف أنواعها، وخدمة نقل الملفات بين مختلف الحاسبات، بالإضافة إلى خدمات الاتصال عن بعد، وتحتوي على الكتب الإلكترونية، وهو عبارة عن تمثيل رقمي للنصوص المطبوعة بحيث يُمكّن القارئ من قراءته على جهاز الحاسوب الشخصي، ويتميز بفوائده المتعددة التي تعود على المؤلف، والناشر والقارئ أيضاً، بالإضافة إلى استفادة المكتبات المختلفة ومراكز المعلومات والعاملين فيها من ميزات الكتاب الإلكتروني. والدوريات الإلكترونية، وهي عبارة عن الدوريات التي تصدر بشكل إلكتروني ويتم توزيعها ونشرها عبر الإنترنت بشكل مجاني أو غير مجاني، وتتميز بمعلوماتها الحديثة، وأمانها وصعوبة ضياعها، بالإضافة إلى البحث السريع فيها وسرعة التوجيه من وإلى المصادر العلمية الأخرى

2- الكتب العامة: وهي كل الكتب التي يستعملها الباحث في بحثه بصفة عامة لكنها ليست في نفس موضوع الباحث.

3- الكتب المتخصصة: وهي الكتب الأكاديمية التي تتناول نفس موضوع الباحث، فهي متخصصة في نفس البحث.

4- الرسائل العلمية: وهي مذكرات الماجستير وأطاريح الدكتوراه التي تمت مناقشتها في المعاهد والكليات الجامعية.

5- المطبوعات البيداغوجية: وهي التي يؤلفها الأساتذة وتكون موجهة للطلبة في مقياس معين.

6- كتب المؤتمرات والندوات: وهي التي تجمع المقالات التي يتم تقديمها أثناء المؤتمر الأكاديمي ويتم جمعها بعد ذلك في كتاب واحد.

7- اللقاءات الشخصية: كأن تلتقي بمختص في موضوع بحثك وتجري معه مقابلة شفوية للاستفسار عن نقاط في موضوع بحثك.

8- المخطوطات وكتب التراث : هي الكتب غير المطبوعة، التي يتم تحقيقها ونشرها.

9- الدوريات: وهي المجلات العلمية التي تصدر عن الهيئات العليا بصفة دورية تحتوي على عدد من المقالات الأكاديمية المحكمة من طرف اللجنة العلمية للدورية، وتعتبر مرجعا هاما لأي بحث أكاديمي في المجال القانوني، لأن أغلب هذه المقالات تكون مركزة على جزئية محددة بالدراسة العميقة المفصلة والمتخصصة.

10- المطبوعات الرسمية الحكومية : وهي التي تصدرها الهيئات الرسمية والحكومية.

11- المراجع الإحصائية :وهي التي تهتم بتجميع وتبويب الأرقام عن نشاط معين مثل تعداد السكان والحجاج أو أو نسب الزواج والطلاق والخلع ....

12- المعاجم والقواميس : هي التي تهتم بتجميع الكلمات والمفردات اللغوية في ترتيب هجائي وتعطي معانيها ومشتقاتها واستخداماتها ولعل أشهرها: المعجم العربي – لسان العرب – قاموس المحيط

13- كتب تخريج الأحاديث النبوية الشريفة، ونهتم عادة بتخريجها من صحيحي البخاري ومسلم، فإن لم نجد فيهما فإلى الكتب الستة.

14- كتب تفسير القرآن الكريم، وعادة نستعمل تفسير القرطبي.

15- التقارير السنوية والدورية المختلفة: وهي تعطي معلومات هامة وأرقام وحقائق عن الأنشطة الخدمية والإنتاجية الاقتصادية والسياسية المختلفة الخاصة بالدولة أو المؤسسات المختلفة المحلية الإقليمية والدولية مثل الكتاب السنوي للأمم المتحدة .

16- الوثائق الرسمية الجارية : وهي التي تمثل مخاطبات ومراسلات الدوائر والمؤسسات المعنية المختلفة والتي تشتمل على معلومات خاصة بنشاطها.

مثال : قد يحتاج باحث إلى إجراء بحث الاجتهاد القضائي في تشريع معين للمحكمة العليا وهو بذلك يحتاج إلى الرجوع إلى القرارات الصادرة عن المحكمة العليا.

17- الموسوعات والقواميس ودوائر المعارف وأمهات الكتب.

جامعة التكوين المتواصل

السنة أولى ليسانس حقوق عن بعد

السداسي 2

مـادة:

القانون الإداري 2

المعامل: 03 **الأرصدة:** 07 **أستاذ المادة :** صدارة محمد

يعتبر النشاط الإداري النظام الذي يبين الأدوات ومظاهر العلمية الإدارية ، فالإدارة مثقلة بالأعباء والمهام ولهذا فإنها تستعمل أدوات لممارسة مهامها وتبرز بمظاهر للتكفل بأعبائها ومكايل ذلك أنها تنتقي الموظفين بقرارات إدارية وتسير المصالح بصفات عمومية ، فالقرارات والصفات أدوات للإدارة لمباشرة المهام الإدارية ،وإذا ما أرادت الإدارة لتكفل بأعبائها فهي تنشئ مرافق لهذا الغرض كالمؤسسات التعليمية والصحية فهنا لم تستعمل أداة وإنما أخذت مظهر وهنا إيجاد كما أنها يمكن تأمر وتنهي فتنشئ حراس السواحل وشرطة العمران من أجل الحفاظ على الإقليم الساحلية أومن أجل الحفاظ على سلامة المعمار وعلى هذا فقد قامت بالتكفل بعبئها عن طريق الأدوات وإنما ظهرت بمظهر يعتبر سلبي في هذه الحالة ، كونه يرتكز على الأوار والنواهي وفي الكثير من الأحايين يختلط على رجال القانون الإداري ، فك الارتباط الواضح بين مختلف أدوات النشاط الإداري من جهة وكذا مختلف مظاهر النشاط الإداري من جهة أخرى.

سنتطرق من خلال هذا السداسي إلى النقاط الآتية:

- مفهوم القرار الإداري
- النظام القانوني للقرارات الإدارية
- العقد الإداري (الأعمال الإدارية الاتفاقية)
- مفهوم المرفق العام وأساليب إدارته
- الضبط الإداري

Djelfa 2021

أدوات النشاط الإداري

إن المتمعنين في عنوان هذا الفصل يستنتج بأن النشاط الإداري متنوع الأدوات إلا أن رجال القانون الإداري وخاصة الفرنسيين في الغرب والمصرين في الشرق أجمعوا على أن هناك أداتين فقط هما الأداة الإنفرادية للنشاط الإداري والمسماة (العمل الإداري المنفرد) والأداة التعاقدية للنشاط المسماة (العمل الإداري التعاقدي) بل ذهب منذ بداية الولوج في مسألة إزدواجية أدوات النشاط الإداري من قبل الفرنسيين إلى اعتبار مبدأ تصنيف هذه الأدوات إلى صنفين لا رجعة فيه لأنهم كانوا قد إنتهو من حسم إشكالية تعدد هذه الأدوات ولا يبدو أن الأمر كان سهلا عليهم بسب بسبب غزارة وغنى أدوات النشاط الإداري من مراسم وأوامر ولوائح وتعليمات ومداولات وإعلانا ومناشير وصفقات وعقود مقاولة وغيرها والتي يستحيل حصرها إلا أن حسمها في إطار العمل المنفرد والتعاقدي قضى على إشكالية صعوبة الإلمام فيها ، وقد سار في هذا الاتجاه دون تردد المشارق من المصريين واللبنانيين ،إلا انه وسرعان ما في الأفق صعوبات التميز بيني الأعمال الانفرادية والتعاقدية ومنذ سنوات العشر بنات من ق 20 وضمن إطار أصعب قضية المجلس الدولة الفرنسي والمتعلقة بقضية تبريا وهي مؤسسة قامت بالتأجير بموجب قرار وأبتعث هذ ا القرار يعقد إيجار وبعدها عزمت على فسخ العقد مع المؤجر والذي تقاضى أمام مجلس الدولة في أن فسخ عقد الإيجار ، يؤدي مباشرة إلى إلغاء قرار الإيجار ، وكان غاية الإلغاء غير قاد على فحص مشروعية فسخ

العقد على أساس أنه يقوم بإبطال القرارات ، أما مهمة فسخ عقود الإدارة وما ينجز عنها من نزاعات فهي تؤول إلى قاضي التعويض لا إلى قاضي الإلغاء إلا أن قاضي مجلس الدولة وانطلاقا من أبرز حيثياته التي جعلته يحطم قاعدة أزدواجية أدوات النشاط إد ، هي اعتبار أنه وقع في أزمة تمثلت في كونه اكتشف نوعا حاليا من أدوات النشاط إد عرف فيها ل بعد بإسم العمل الإداري المختلط لا هو إنفرادي لا تعاقدي كونه نظرا إلى الإيجار برمنه كعملية إدارية قامت بها المؤسسة لا تستطيع فيها الفصل بين قرار الإيجار وعقد الإيجار كون أن الأول أعتبر أساسا للثاني ولا يمكن أن نحذف الأساس وان نفصل الثاني عنه ، وتوقعات الفقه كانت في غير الاتجاه قاضي مجلس الدولة لا أنها اعتبرت النوع الثالث ليس عملا مختلط وإنما عملا منفصلا .

وبالتالي فقد ظهرت نوع رابع صعب من الإلمام مجددا بقاعدة ازدواجية أدوات النشاط الإداري فظهرت القرارات الإ دارية والقرارات الإدارية المنفصلة وظهرت العقود الإدارية والعقود الإدارية المختلطة فإين نحن من مبدأ أن لا ثالث لكل من النوعين وهذا ما أدى إلى تراجع الفقه المصري من جديد ليداو بدلوه هو الأخر على الحلول الفرنسية ، فعندما وقع

مجلس الدولة المصري في إشكالية القرارات التي تصدر بالإعلان عن الفائز في منافسة هل تدخل في مفهوم عقد الصفقة أم لا ؟

فعندما ترسو الصفقة العمومية عند الشخص تظهر لنا عملية لا يمكن أن نجزم بأنما انفرادية ، أو أنها تعاقدية لأن الصفقة رغم أنها عقد بين الفائز في الصفقة والإدارة التي نسخته الصفقة إلا أنه يظهر القرارات على أساس أن الأداة تمنح على أساس قرار رسو المنافصة فهل نحن أمام عمل إنفرادي او تعاقدي ؟؟ علق على لك مستشار مجلس الدولة عبد الفتاح باغي المصري على أن هناك عمل لم يراه مختلط كالفرنسيين وإنما سماه بالعمل المركزي ،وبالتالي إن عملية التصنيف التي كانت بدهية من منطلق أن أدوات النشاط الإداري قرارات وعقود إلا أنها أصبحت مأساوية لأنه ظهرت أدوات جديدة لا نستطيع أن نضعها في صنف القرارات كما لا يمكن أن نضعها في صنف العقود .

وتراجع الفرنسيون معلقين أحالهم على محاولات الفقيه دوجي الذي أكدت على نظرية الإتحاد في النشاط إد من خلال ما كتبه في أول مؤلف من القانون الإداري وضرب المثال إن الطالب في الجامعة تربطه علاقة تعاقدية وتنظيمية مع الجامعة ، فهي تنظمية على أساس أن بقائه في الجامعة مرتبط بقرار التحاقه بالشعبة التي تتفق الشروط المعلنا عنها مع درجة التحصيل العلمي إلا أن قرار الالتحاق مبني في أساس طلب يقدمه الطالب ولهذا تظهر إرادة إيجاب وقبول نوحي بفكرة العقد أيضا وتجرنا إلى إعتبار العلاقة أيضا تعاقدية فهل يحتمل أن تقبل الجامعة الطالب بنوعين من الأدوات في وقت واحد بقرار وعقد ؟؟ .

وإن كان الأمر هكذا فإن القرار الذي يقبل التحاق الطالب بالجامعة يختلف من حيث أثاره القانونية عن العقد فإن ما رفض التحاقه وكان التحاقه بقرار يستطيع أن بلغيه أمام القضاء الإداري وإن أعتبر الأمر هو قبول وإيجاب لا يستطيع أن يذهب إلى القضاء الإداري في جانب الإلغاء وإنما يذهب إلى القضاء إد في جانب التعويض كما أنه يستطيع أن يحتج بتغير مركزه القانوني إن اعتبرت العلاقة تعاقدية على اعتبار العقد شريعة المتعاقدين ولا يمكن تعير المركز القانوني من أحد المتعاقدين بإرادة المنفردة أما إذا أعتبر ت العلاقة بنظمية فتستطيع الجامعة بتغير المركز القانوني دون الاتفاق معه .

لان ما ذكره دوجي فيم بعد أن القول بالعلاقتين في أن واحد (التنظيمية / التعاقدية) بدخلنا في المفهوم المختلط الذي يستحيل على اعتبار أن القرار الصادر بقبول في مقاعد الجامعة لا يمكن اعتباره عقد كون أن الطلب الذي قدمه الطالب بالالتحاق لا يعتبر إيجاب وإنما تصرف متحرض لاستصدار قرار إداري يدخـــــل في مفهوم Les actes adminis prvoques

وهكذا ظلت الصعوبة قائمة ، اعتبر فيها الفرنسيون أن هذه الأعمال التي لايمكن تصنيفها لا قرارات ولا عقود هي أعمال استثنائية قل ما تحدث والأصل أن أدوات النشاط الإداري هو العقد والقرار أما الاستثناء فهو الأعمال الإدارية المحرضة المركبة ، المختلفة .

أما عند المصريين فإن هذه الأزمة أدت إلى التراجع في مبادئهم حيث اعتبروا بأن هاته الأعمال لا يختص بها القضاء الإداري رغم طبيعتها الإدارية فاعتبروا الأعمال الإدارية المحرضة والمختلطة تصرفات تخضع للقانون الخاص بدليل أن ما ذكره الدكتور السوري مختار نوح في رسالة دكتوراه سنة 2001 نوقشت في جامعة عين شمس بمصر بعنوان << الإيجاب والقبول في العقد الإداري >> أن الاستثناءات الوارد ة عن مبدأ ازدواجية الأدوات النشاط الإداري خاضعة للقانون الخاص من موقع ما درسه في الفقه المقارن والمصري الجزائر اتخذت موقف لا يعترف بهذه الإشتثناءات من خلال القاضي الإداري الجزائري ومن خلال المؤلفات إ د الجزائرية وعلى هذا تبقى دراستنا داخلة في إطار الدراسة التقصيرية في الجزائر من موقع عنوان مبحث 01 القرارات الإدارية م 02 عقود الإدارة .

المطلب الأول تعريف القرار الإداري:

1 في الفقه المقارن :

أ ـ فرنسا : لجأت مدرسة القانون الإداري الفرسي إلى استخلاص مبادئ القضاء الإداري المقررة لصعد مفهوم شامل للقرارات الإدارية وهي رغبة الفقه الملحة وكل الفقه إ د هناك رأو بأن سلطة القاضي إ د التي تمنحه أحقيته تفسير وفحص مشروعية القرارات الإدارية (قضاء الملائمة) وتتعدى إلى سلطة إبطال القرارات الإدارية غير الملائمة (قضاء الإلغاء) فوصل استعاد القرارات الإدارية إذ المعيبة والتي اعتبرها القضاء الإداري منعدمة وأول عيب تم إكتشافه في القرارات إذ من قبل القضاء هو عيب عدم الاختصاص الذي جعل الفقه يشترط أن يكون القرار صادر من سلطة إدارية أما ثاني عيب فهو أن يكون القرار قد خالفا القانون وتوازي مع شرط أن يكون القرار معتبر قانوني ، وثالث عيب هو مخالفة القرار للشكل والإجراءات وهو يفترض اشتراط أن يكون القرار نافذا ، في حين أن الاكتشاف الحديث لرابع العيوب المتعلق بالانحراف في إستعمال السلطة لم يكلف الفقه عناء اكتشاف الشرط الرابع للقرارات كون هذا العيب يتعلق بنوايا مصدره مصدره ومأربه الإنتقاسية التي يخفيها تحت ظل شرعية القرارات إذ و بإعتبار أن القانون إذ لا يعترف بأي دور الإدارة في نشأ العمل إد فإنه لم يشترط شرطا يوازي هذا العيب ، وبالتالي أستعملها الفقه الفرنسي في شروط وذلك إنطلاقا من معايير أساسية سميت بالعناصر الثلاث المكونة للقرار الإداري وهي ، أن يصدر من سلطة إدارية ، وإن يكون مغير لمركز قانوني ، وأن يكون نافذا .

<u>ب / في مصر و الدول العربية (الشرق)</u> : سارت مجمل هذه الدول نفس النهج الفرنسي إلا أن تأثر ها بالتفكر المدين طعن على معالجتها لمعايير القرارات الإدارية التي أرادوا بها أن يصلوا إلى ما وصلت إليه المدرسة الفرنسية بحيث أنهم اعتبروا بأن هناك شرط رابع يتمثل في السبب الذي يجب أن يكون مشروعا حتى تتمثل شروط القرار الإداري بحيث يتجرد القرار إذ من النوايا الشخصية ومن إرادة مصدره ويرتقي لأن يكون بسبه الوحيد المصلحة العامة التي لا يجب أن تتخذ كذريعة يجلب بها مصدر القرار منافع شخصية وإلا أصبح القرار باطلاً لانحراف في استعمال السلطة ومن خلال هذا المسعى تأكد تقليدهم للقانون الفرنسي من جهة على اعتبار أنهم أخذوا رابع القيود ومخالفهم من جهة ثانية للتوجه لأنهم شكلوا من العيب الرابع شرطا رابعا سمى بالسبب، ولم يكتفوا بل أنهم لم يعتبروا أن للقرار شروط وعناصر بل أركان مقلدين رجال القانون المعنيين الذين وضعوا أركان المفاهيم المدنية الذي له ثلاث أركان سياسة : الرضا ، المحل ، السبب ووضع له ركن رابع كما القرار وهو الشكل في العقود الشكلية ولتأثرهم بالحلول المدنية فإنهم احتلوا مع المدرسة الفرنسية .

2 في الفقه الجزائري:

لا يبدوا في الجزائر وإن أخذت من القانون الفرنسي نفس الشروط المتعلقة بالقرارات إذ وهي ثلاث والمتمثلة أساسا في شرط الاختصاص وتغير المركز القانوني والنفاذ ، فهي ثلاث شروط مقلدة بصفة متطابقة تماما مع التوجه الفرنسي وإن تم تقليدها دون إشكال إلا أن استعمالها أبرز الكثير من الأزمات عند رجال القانون الإداري الجزائري .

وتجدر الإشارة أن جميع المؤلفات التي ذهبت لشرح لنشاط الإدارة الجزائرية لم تستغن عن النظريات الفرنسية بصفة مطلقة غاضين الطرفين عن خصوصية القانون الإداري في الجزائر وتبعا لذلك ، فقد ظل النشاط الإداري هن زواية أدوابه متطابقا مع القانون الإداري الفرنسي أخذ ا بمبدأ ثنائية الاداة القانونية القانونية للإدارة التي تعتمد على نوع يتمثل في القرار الإدارة مستخلصة من العمل الإداري المنفرد والعقد الإداري بالأخص الصفقة العمومية مستخلصها من العمل الإداري الإتفاقي بل أن الاستثناءات الواردة على هاتين الأداتين في فرنسا اعتمدت أيضا في الجزائر إعتمادا أعمى في جميع ما وصلت إليه مدرسة القانون الإداري الفرنسي ولكن ستغرب ما أل إليه النشاط الإداري بموجب الوضع الجزائري غير المهيأ لإستراد الأنظمة الفرنسية وعلى إعتبار أن قانوننا الإداري يرتكو على المؤسسات الإدارية في غياب المرفق العام فيبدو أن قانوننا الإداري هو قانون المؤسسات الإدارية فلا مجال للحديث عن الوظيفة الإدارية بل الموظف ولا مجال للحديث عن العمل الإداري .

بل عمل الإدارة ولا مجال للحديث عن المنازعات الإدارية بل منازعات الإدارة وهاته النقطة الأخيرة مبرر كافي وسبب وحيد للقول بأن أرضية القانون الإداري في الجزائر غير مهيأ لاستقبال النشاط الإداري بقدر ما هي مهيأة لاستقبال نشاط الإدارة وعلى إعتبار أننا أمام منازعات الإدارة لا المنازعات الإدارية فإن مبرر ذلك التمسك الصلب بكل ما هو إدارة واستبعاد كل ما هو إداري فلا قضاء إداري إلا حينما تكون الإدارة طرفا في منازعة إدارية وذلك ما أشار إليه التبني العشوائي للمعيار العضوي المتشد د المتمثل في اختصاص قضائي لجهات القضاء الإداري شامل لكل أنواع القضايا وإن كان يؤول الفصل فيها.

يؤول الفصل فيها بموجب القانون الخاص عندما تكون الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الصيغة إد طرفا فيها وهنا يصح أن نقول بأسبقية الإداري على القضائي ومرد ذلك أن المؤسسة الإدارية كمرفق عضوي في المنظور الجزائري لا يرى إلى ما يمكن أن تقوم به بقدر ما يرى وجود ها وعلى هذا فالقاضي الإداري لا يبقى له بعد ذلك إلا أن يكيف ما تقوم به ليفصل بموجب القانون الإداري إن كانت ما تقوم به تصرفاته خاضعة للقانون العام ويطبق عليها القانون الخاص إذ ا كيف ما تقوم به عندما تخضع نفسها لهذا الأخير ، أي أنه مختص سواء كانت الإدارة خاضعة للقانون الإداري أو خاضعة

للقانون الخاص وهنا دائما يوجد المعيار العضوي لجوء المتقاضي الإداري بمجرد تأذية من الغدارة وهكذا فإن العمل الإداري يصبح عمل الإدارة في حين تستبعد الأعمال الصادرة عن أشخا ص غير إدارية وإن كانت أعمال وهذا الوضع لا يتناسب والقول بالتصرف الإداري وإنما يتنايب مع القول بتصرف الإدارة ومن هنا يجب على المؤلفين الجزائرين إعادة النظر في هذه المفاهيم الأساسية لان بتصرف الغدرة يتماشى مع نوعين يختلفان عن التوجه الفرنسي وهما القرار الإداري بدل التصرف الإداري المنفرد وعقد الإداري وعقد الإدارة بل العقد الإداري ودليل ذلك كما أكدته قواعد المرافعات أمام القضاء الإداري الجزائري فالمادة 07 من ق إم وفي ما ذهبت إليه لم تتناول مفهوم التصرف الإداري المنفرد لأنها ركزت على أن الإلغاء يكون في القرارات الإدارية الصادرة عن الولات ورؤساء المجالس الشعبية البلدية ومدراء المؤسسات الإدارية والمادة 274 من القانون تذهب إلى نفس التسمية وهي إلغاء القرارات الإداري بدل التصرفات الإدارية المنفردة الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية ، وتقترب تبني المشرع ج مصطلح القرار الإداري بدل التصرف الإداري المنفرد رغم ان هذا الأخير مستورد من النظام الفرنسي ورغم أن الأول يعد أحد النماذج من كثير تدخل في مفهوم التصرف المنفرد فإذا ما قامت الإدارة بعمل منفرد في الجزائر ولم تصدره على شكل قرار إداري فالوضع القائم يجعل القاضي غير مختص بالفصل في التصرفات المنفردة لأن المشرع حتم عليه الفصل عندما يكون القرار الإداري ناهيك على أن القاضي محكوم عليه الفصل عندما تكون الإدارة لا الوظيفة الإدارية بموجب المعيار العضوي ، وهذا الأمر لم يفصل فيه لحد الساعة في الفقه الجزائري المشرع الذي عزف الأوتار الفرنسية رغم أن الوضع إد الجزائري ليس هو نفسه الوضع إد الفرنسي ويبقي السؤال المطروح : متى يتفطن الفقه الجزائري ؟؟.

ولان الوضع مفروض على الباحثين في مجال التصرف إد المنفرد والذي لا يعدوا إلينا سوى القرار الإداري الوحيد الذي تأمل أن نجد له معايير لتعريفه وإنطلاقا من أن القاضي إذ الجزائري فإنه مرتبط دوما بأخذ بالمعايير الثلاث المحددة للقرار الإداري والتي إذ ما إجتمعت في عمل إداري معين نقول بأننا أمام قرار إداري .

عناصر القرار الإداري:

1/ أن تكون العمل الإداري صادر من سلطة إدارية (الإختصاص):

هذا المعيار ليس معبأ في الجزائر لأنه من السهل جدا تحديد السلطات الإدارية من السلطات غير الإدارية على إعتبار أن القانون قد حدد للقاضي مجمل أنواع السلطات الإدارية والتي تكون كالتالي : الدولة تعبير عن سلطة مركزية ، الولاية في مفهوم شخص الوالي ، البلدية في مفهوم شخص رئيس م ش ب ، ومدير المؤسسة الإدارية ، فإذا صدر عمل من هذه الهيئات اعتبر صادر من سلطة إدارية وذلك بمجرد تحليل بسيط يفيد تبني الجزائر فقط لمفهوم المرافق العضوية وإستبعادها للمرافق المادية فالمستشفى بدل الصحة العمومية والجامعة بدل التعليم العالي والشرطة بد ل الأمن العمومي ، لكن وعلى سهولة إكتشاف السلطات إد في الجزائر إلا أن النشاط الإداري قد يصدر عن سلطات غ إدارية وقد تقوم المؤسسات الإقتصادية محل المؤسسات الإدارية في إصدار القرارات والقضية المشهورة والمتعلقة بالسومباك (الديوان الوطني للحبوب) أكدت الفضيحة الجزائرية التي داس فيها القاضي إد على شرط أن يكون القرار صادر من سلطة إدارية وذلك بموجب قرار صادر عن الغرفة إد بالمجلس الأعلى سنة 1981 والذي فيه إكتشف وهو بصدد فحص مشروعية منشور أصدره مدير مؤسسة سومباك بأن هذا المنشور أضاف قواعد جديدة وغير مراكز جديدة لا يمكن أن يغيرها قرار إداري عندما قام مدير هذه الشركة بتحديد نسبة إستخراج السميد بموجب اللوائح والتنظيمات ولم يكتف بتنفيذ هذه اللوائح بل عدل فيها وإن كان القاضي الإداري غير مختص عندما تكون أشخاص غير إدارية طرف في النزاع وأن الشخص المتمثل في شركة إقتصادية أصدرت قرار إداري لم يأخذ بمعيار من أصدر القرار بل أخذ بمعيار محتوى القرار الذي عبر عن وظيفة إذ بدل وظيفة اقتصادية ورغم إعتبار ما ذهب إليه هذا القاضي شاذاً وعدم سلامته من سهام الناقدين له إلا أن المشرع ج إنتظر حتى يتم تعديل قانون الشركات الإقتصادية والذي كان بموجب ق 01/88 المتعلق باستقلالية المؤسسات الإقتصادية ليؤكد بإمكانية أن تقوم المؤسسة الإقتصادية بعمل إداري وتصدر قرار إداري بشرط أن تكون المؤسسة الإدارية قد أوكلتها هذه المهمة لتقوم مقامها وتحل محلها في المهام الإدارية المستقلة بها وذلك انطلاقاً من نص المادتين55- 56 .

2/ أن يغير القرار مركزاً قانونيا : كثير من الأعمال المنفردة ما تصدر من الإدارة فإن إلتقينا بالمعيار الأول المتمثل في شرط الإختصاص فإننا نكون أمام عدد كبير من التصرفات التي تصدرها الإدارة غير آبهين بما إذا غيرت المراكز القانونية للمخاطبين بها أم لا ومثال ذلك أعمال السيادة وهي :

أ/ الأعمال السياسية : التي لا تعني الأفراد كأن يصدر وزير المالية قرار بإلغاء عملية وكأن يعين رئيس الجمهورية سفير في الخارج وهذه الأعمال وإن صدرت من الإدارة لا

تعني الأفراد كونها لا تمس بحقوقهم ولم تغير مراكزهم ، ففي قرار وزير المالية لا يهمه الفرد إن تعامل بالعملة النقدية الملغاة أم بالعملة الجديدة حتى وإن أحدثت أعمال السيادة أضرار للأفراد فلا يمكن أن تكون محل خصومة أما القضاء واعتبر الفقه الفرنسي أن أعمال السيادة وصمه عار في جبين القضاء الإداري تفلت من رقابته المركز القانوني .

ب / التعليمات والمناشير : هي الأعمال الصادرة من الأداة وتستوفي الشرط الأول ولكن تبقى مجرد لوائح تغييرية للأفراد المخاطبين بها فلا يهم إذا ماصدر منشور من إدارة النقل لتغيير محطة المسافرين أو صدر منشور من مدير الجامعة لتغيير المدخل الرئيسي للجامعة لأنه لا في الأول ولا في الثاني تغير المركز القانوني للمسافر أو للطالب فهي أعمال تخرج عن مفهوم القرارات الإدارية .

ج/التهديدات و الإنذارات إد : إذ يمكن للإدارة بتوجيه إنذار للمواطنين القاطنين في عمارة تؤول إلى السقوط أو أن توجه إدارة الضرائب يحتوي على تهديد يفرض غرامة عن التأخير في تسديد الضريبة فلا الإنذار ولا التهديد غير المركز القانوني للمخاطب به في حين يكون لا حقا عنهما كان يصدر قرار بإزالة العمارة او بفرض الضريبة فهذين مفدين للمركز القانوني.

3 - أن يكون القرار نافذا: فقد يصدر قرار من السلطة ويغير المركز القانوني لكن لا يكون نافذا ومثال ذلك أن تصدر اللجنة المتساوية الأعضاء كالمجلس التأديبي قرار يطرد موظف لكن هذا القرار يبقى غير نافذ لأنه مجرد رأي يحتاج لمصادقة المدير وكان ترفض البلدية منح رخصة بناء فهذا الرفض ماهو إلا رأي صدر من مديرية التعمير غير نافذ يحتاج إلى مصادقة رئيس البلدية وكان تدمج لجنة إختيار الأراضي أرضك في الاحتياطيات العقارية للبلدية فهذا مجرد رأي يحتاج إلى مصادقة الوالي وهنا تكون الأعمال اللاحقة لهذه الآراء فقط هي قرارات إدارية فعندما يصادق المدير على طرد موظف أو يصادف رئيس البلدية على رفض رخصة البناء ، أو يصادق الوالي عراي لجنة إختيار الأراضي نقول بنفاذ هذه القرارات.

1 ـ قواعد نشوء القرار الإداري:

تجدر الإشارة إلى أن نشأة القرارات تحتكم إلى مبدأ هام يتمثل في النشأة الانفرادية له وهذا وإن كان من بين المسلمات التي لا تحتمل الجدل فإن الاستثناءات التي وردت على هذا المبدأ جعلت القضاء الإداري يتراجع في كثير من الأحيان إذا ما اصطدم بأعمال إدارية انفرادية لم تنشأ نشأة انفرادية ومن أهم الأمثلة القرارات الإدارية الناجمة عن تحريض من المخاطب و التي تعبر عن حقيقة النشأة الثنائية لقرار يظهر انفرادي كان يقدم شخص طلب للحصول على رخصة بناء فهذه العملية ناجمة عن إرادة المستفيد من رخصة البناء التي لولاها لما صدر قرار رخصة البناء والتي عبر فيها عن رغبته ضمن طلب وجهه للإدارة ومن أمثلة هذه الاستثناءات كثيرة ومتعددة تطرقت إليها في عرض حديثنا عن مفهوم التصرف الإداري الانفرادي ،وهذا ما يجعلنا نضع احتمالات عدم نشوء القرار الانفرادي نشأة غير انفرادية واردة ونحتاط من هذه القرارات التي تسمى بـ : les faux decisionsأما من حيث الدراسة القانونية المحضة

فإن الفقه لم يجد بين ما إذا كانت القرارات الإدارية الانفرادية حقيقية les varies decisionsأم ليست كذلك Les feux deaisions بحيث يعتبر القرار إداري قرار إكتمل نشوؤه بمجرد سريان في حق المخاطب به والعبرة في ذلك تتمثل في علم المخاطب بمحتوى القرار وهذه المسألة تم حسمها إنطلاقاً من قريتي التبليغ والنشر ، فإن القرار المبلغ أو المنشور يعد صحيحاً صحة نشوئه لأنه يولد الحقوق و الإلتزامات المعبأ لها في حق المخاطب به منذ اللحظة التي تم تبليغه فيها إذا كان فرديا أو اللحظة التي نشر فيها إذا كان تنظيميا والفرق بين القرار الفردي والتنظيمي يمثل في أن الأخير يخاطب فئة معينة أما الأول فيوجه للشخص المعني بالأمر . ولطالما اعتبر التبليغ والنشر قاعدة تؤكد نشوء القرار الإداري في حين تراجع القضاء الذي حصل بسبب عدم تمكن التبليغ والنشر من القول بان المخاطب بالقرار قد علم به ومثال ذلك أن يستفيد شخص من سكن بموجب قرار تام مبلغ له في حين أن الإدارة تقوم بمنح إستفادة نفس اسكن لشخص لآخر بقرار مبلغ فهذا لا يجعل من القرار الثاني الذي نزع حق الاستفادة للشخص الأول قد نشا وسرى في حق هذا الشخص رغم اعتباره القرار تام ومبلغ لان التبليغ هنا لم يؤد إلى

علـم الشـخص الأول بتراجـع الإدارة عـن مـنح الاسـتفادة للشـخص الأول لأن التبليـغ كـان للشخص الثاني الذي استفاد من نفس سكن بدليل أن الشخص الأول لم يعلم وإن علمه مرتبط باللحظة التي يتفاجأ بها بالشخص الثاني وهذه المسألة يقينية تـرتبط بوقـائع ماديـة لا قانونيـة ومن ثم فإن التبليغ كواقعة قانونية لم يعتبر قرينة للعلم والإدراك وهذا ما أدى بمجلس الدولـة الفرنسي إلى هجر القرينة القانونية وتطبيق القرار ش المنجز اليقينية من خلال نظرية العلـم اليقيني إلا أن القضاء وبسبب تطبيقه لهذه النظرية كان قد تسبب في تقصير الإدارة عن آداء وظيفتها المتمثلة في التبليغ والنشر وخوفاً من ذلك فقد تراجع القضاء عن هذه النظرية ليعيـد إحياء القرارات القانونية المتمثلة في التبليغ والنشر.

تنفيذ القرارت الإدارية :

يجب التفرقة هنا بين مصطلح النفاذ والتنفيذي على اعتبار أن النفاذ هو العنصر الثالث من عناصر القرارات الإدارية الذي يضاف إلى عنصري أن تكون القرار صادر من إدارية و أن يكون مغير لمركز قانوني في حين أن تنفيذ القرار الإداري عملية مادية محضة تقوم بها الإدارة لتنفيذ ماصدرته وفي هذا قاعدتين .

أ ـ القاعدة المرتبطة بالتنفيذ الاختياري :

وهنا الإدارة تتقدم لتنفيذ القرار عندما لا تكون هناك أية مقاومة للمخاطب به عندما يكون القرار موضعا لنزع حق أما إذا كان القرار وفي كل الأحوال لإقرار حق فان الإدارة توجهه وتكون أما تنفيذ الاختياري والإشكالية المطروحة في هذا الصعيد عندما يرفض الشخص

بموجب قرار من الإدارة في تنفيذه اختيارا فهنا لا تستطيع الإدارة إجبار الشخص وكما سوف يتم التطرق إليه لا يكون إلا في الحالات التي تدخل في جانب نزع الحقوق أو إلغائها وبالتالي فتعمد الإدارة إلى إعدام هذا القرار واللجوء إلى الأساليب التعاقدية وهذا ما ظهر في التنازل عن أعمال الدولة والتي وإن ظهرت في الإدارة بقرار بالتنازل فإن عملية التنازل مصحوبة بعقد تنازل ويشار هنا إلى إمام ق إ د من أساس لأن مصطلح التنازل مصطلح مدني يدخل ضمن إطار العقود الملزمة لجانب واحد وهذا الأمر لم يظهر إلا في أنشطة الإدارة الجزائرية التي لا يمكن معها تصور إدارة خدماتية من أنه يتماشى معها الأسلوب التعاقدي في حين أن الإدارة السلطوية يتماشى معها الأسلوب التنظيمي وكون هذا الأخير مأخوذ في الجزائر من جانب الأمر والنهي أي فرض الحقوق بالقرارات لا التعاقدات

فإنه وإن لجأت الإدارة الجزائرية إلى التعاقد فهي تزل لأسلوب الفرد فتتعاقد لقواعد القانون المدني وهنا لا تكون أمام تنفيذ إختياري للقرار الإداري لأننا في هاته الحالة أمام عملية مادية .

ب ـ التنفيذ الجبري :

ولو أن التنفيذ الاختياري يعتبر قاعدة للإدارة تقوم بها في كل الأحوال إلا عندما تصطدم بمقاومة من قبل الشخص المخاطب بالقرار فهي تلجأ الجر استثناء فإن الأمر إفتضح على أن الإستثناء أمج قاعدة على إعتبار كثرة لجوء الإدارة إلى الأساليب الجبرية (العنف) بدل الأساليب الإختيارية (الأساليب السلمية) رغم أن إجتهاد القضاء يؤكد على أن التنفيذ الجري إستثنائي ولا يكون إلا عند توفر شرطين :

ـ عندما تكون هناك مقاومة من الشخص المخاطب بالقرار .

ـ عندما ينص القانون على اللجوء لأسلوب جبري :

فالتنفيذ الجبري وعلى اعتبار أنه عملية مادية أيضا تقوم بها الإدارة فإنها مسألة تصطدم بالحريات الفردية العامة ومسألة الحريات الفردية إنطلاقاً من المنظومة الدستورية الجزائرية كرست قديماً ونظمت حديثاً فقد كرست في الجمهورية الأولى الجزائرية ونظمت في الجمهورية الثانية الجزائرية بدليل أن الدخول في دستور 1989/02/28 ومن خل مقدمة فقط التي تناولت وضع منظومة الحريات بمقولة << الشعب الجزائري حر وهو مصمم على البقاء حر >> فإن توظيف هذه المسألة بدأ من خلال تكريس ولأول مرة للحرية السياسية والتجارية وحرية الإجتماع والتجمع وإنشاء الجمعيات وغيرهم في متن هذا الدستور وما تبعه من دستور 1996 ولو أن وضع الإدارة الجزائرية في الجمهورية الثانية لم يتقبل فكرة الحريات ما دامت الإدارة في الجزائر ظلت محتفظة بمفهومها السلطوي كإدارة أمر ونهي لا يتلاءم معها بيئة دستورية تكرس فكرة الحرية فإن أصدرت قرارات انطبقت عليها عمليات التنفيذ الجبري فإنها تصطدم بالحريات المكرية والشخصية كإصدار قرار يرفض إعتماد حزب أو وقف مسيرة أو رفض إجتماع فإن ذلك يخل في إطار العمليات الجبرية لا الإختيارية وبسبب هذا الصدام قد أعطيت صلاحيات جديدة للقاضي الإداري الجزائري والذي يستطيع وقف تنفيذ قرار إداري عندما تلجأ الإدارة إلى أسلوب الجبر ولا يكون هذا الأسلوب وفق الشرطين المذكورين سابقاً حيث وفي سنة 1990 عدلت المادة 171 مكرر من ق إ م ـ بالنص << يجوز بهذه الحالة لرئيس الغرفة الإدارية ... أن يوقف فوراً وبصفة مؤقتة تنفيذ هذا القرار >>

طبقاً لما رسمته المادة في الفترة الثانية منها بنصها الأمر بصفة مستعجلة باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة وذلك باستثناء ما تعلق منها بأوجه النزاع التي تمس النظام العام والأمن العام ودون المساس بأصل الحق وبغير إعتراض تنفيذ قرارات إدارية بخلاف حالات التعدي والإستيلاء وقد بينت للقاضي إد الجزائري بأن التعدي مثلاً يكون حينما ينفذ قرار إداري مشروع بأسلوب غير مشروع فإن اعتبر القرار مشروع وللصالح العام فإن صاحبه

تنفيذ غير مشروع جاز للمتقاضي طلب وقف تنفيذه وجاز للقاضي الإستجابة لهذا الطلب ، ورغم الإصلاحات القضائية المذكورة في مجال حماية الحريات الشخصية من خطورة القرارات الإدارية عندما تنفذ جبراً

فإنها لم تعالج بالكيفية اللازمة تستجيب مع القانون الواجب التطبيق لأن الحريات العامة تنظم بالقانون إد أما الحريات الشخصية تنظم بالقانون المدني ولا أدل على ذلك نص المادة 655 وما يليها من أحكام ق م التي نظمت عمليات الإستيلاء ونزع الملكية وفقاً لمتطلبات ق م لا الإداري ، وكان الأجدر أن اعتبار التنفيذ غير المشروع للقرار الإداري اعتداء مادي هو أن يؤول الفصل فيه للقاضي المدني لا الإداري ، وتبقى ضمانات المخاطب بالقرار الجبري غير كاملة في ظل منظومة كهذه في الجزائر .

في حين أن المنظومة الفرنسية والمصرية تجعل الفصل في عمليات الإعتداء الإداري المكيفة كتنفيذ غير مشروع للقرارات الإد من اختصاص القاضي المدني .

3 ـ زوال القرارات الإدارية :

هناك نوعان بهما ينتهي القرار الإداري نوع يدخل في النهاية الإدارية للقرارات الإدارية ، ونوع يدخل في النهاية القضائية للقرارات الإدارية .

أ ـ النهاية الإدارية للقرارات:

يمكن للإدارة أن تضع حداً للحياة القانونية للقرارات الإدارية وهذا بإعدام القرار الإداري ضمن متطلبات تغيير موقفها ، إذ كما لها الحق في صناعة القرار لها الحق في إنهائه وعلى سهولة هذا الأمر إلا أن الوضع ليس بالبساطة لأن الإدارة تصطدم بالحقوق التي اكتسبها الأفراد من القرارات الإدارية وهذا ، يعد مبدأ يسمى بمبدأ الحقوق المكتسبة يضاهي مبدأ عدم رجعية القوانين في القانون الخاص ، والصعوبة تكمن في أن الإدارة وهي بصدد إنهاء القرار الإداري عليها في نفس الوقت أن تحترم الحقوق المكتسبة من القرار المراد إنهاؤه لأن ضرب هذه الحقوق يؤدي إلى تخوف الأفراد مما اكتسبوه من الإدارة نفسها التي تستطيع أن تتراجع عنها متى شاءت تحت مشيئة الإدارة في ذلك مقيدة باحترامها لها أكسبته من حقوق وهو الأمر الذي ولد مسألة حاول الفقه أن يجد حلاً ، ولم يكن الحل إلا من خلال التفريق بين القرار الإداري المنفرد والقرار الإداري التنظيمي .

ـ القرارات الإنفرادية : وعلى إعتبار أن هذا القرار يولد حقوق شخصية للشخص المخاطب به فإن الإدارة لا تستطيع إنهاءه ببساطة لأنه مرهون بحقوق مكتسبة على هذه الأخيرة أي أن تحترمه وبالتالي فإن إنهاءه لا يكون إلاّ في المستقبل وهذا ما يتماشى مع الإلغاء ، لأن

السحب يسري على الماضي إلى جانب أنه يسري في المستقبل ومادام كذلك فقد يؤدي إلى ضرب الحق المكتسب وهنا القرار الفردي تنهيه الإدارة بالإلغاء فقط .

إلا أن المشكل يبقى مطروحاً بالقرارات الفردية غير الشرعية التي ولدت حقوقا مكتسبة والتي فيها لا يمكن إلا للقضاء أن يلغيها في حين أن الإدارة تعمد فقط على الإلغاء الإداري لأن ما يقوم به القضاء هو الإبطال لارتكازه على كونه قضاء شرعي .

ـ القرارات التنظيمية : فما دامت القرارات التنظيمية لا تولد حقوقاً مكتسبة ومثال ذلك إذ ما كان لفئة من التجار إعفاء جبائي وصدر القرار بغرض الضريبة .

فإن هذا القرار تنظ وعليه فللإدارة أن تسحبه متى شاءت لأنه لا يمكن أن يحتج التاجر بحق مكتسب وبالتالي القرارات التنظيمية تتعرض للسحب .

ب ـ النهاية القضائية للقرارات إد : القضاء الإداري وحده قادر على إنهاء القرار الإداري بدعوى الإبطال التي تعتبر دعوى مميزة وسامية لاتضاهيها دعوى أخرى .

ولأن التطور الذي حصل للقضاء الإداري قديماً والذي كان فقط جهازاً استشارياً للإدارة أصبح جهازاً قضائياً عليها وبدأ يعمل على تغيير قراراتها وزادت سلطته أكثر وأصبح قادراً على إبطالها ومن هنا نتجت نوعان من الدعاوى فدعوى الإبطال هذه هي دعوى قضائية تعمد على إلغاء القرار الإداري وتسمى بدعوى الشرعية في حين أن تعرض القرار إد للرقابة دون الإبطال لتفسيره أو فهي شرعية فتسمى بدعوى الملاءمة .

مفهوم العقد الإداري

1 في القانون المقارن :

طبقاً لما ذكر سابقاً فإن عدم تمكن القانون من حكم مختلف الأعمال التعاقدية التي تبرمها الإدارة فيبقى الملجأ الوحيد هو القضاء وكان القضاء الفرنسي السابق يتعرض لتكييف العلاقات التعاقدية للإدارة وذلك من خلال وضع معايير تعريف العقد الإداري .

أ ـ من معيار السلطة العامة إلي مدرسة السلطة العامة : هذا المعيار الذي وضعه القضاء في تحديد طبيعة العقد ينطلق من اعتبار أن العقد الذي تبرمه الإدارة انطلاقاً من أعمال السلطة وذلك حينما تضع فيه إمتيازاتها وتكرسها في بنود تعاقدية كأن تضع شرط إلغاء العقد بدون اللّجوء إلى القضاء وقبل أوانه والرقابة الإدارية على العقد وغيرها من الإمتيازات فهنا يعد العقد من طبيعة إدارية وهذا ما كرس في قضية لا فيريار الصادرة عن محكمة التنازع الفرنسي بداية القرن العشرين في حين إذا أبرمت الإدارة عقدا إنطلاقا من أعمال التسيير أي الوفاء بحاجياتها الخاصة كالشراء والبيع فهنا يعد العقد مدنياً وبالتالي :

أعمال السلطة التي تقوم بها الإدارة ضمن إطار العقد تجعل من العقد خاضعاً للقانون العام فيعد عقد إداري .

وأعمال التسيير التي تقوم بها الإدارة في عقد تجعل من هذا العقد خاضعاً للقانون الخاص فهو عقد مدني .

إلاّ أن معيار السلطة العامة الذي استخلص عن مدرسة السلطة العامة لم ينجح في تحديد طبيعة الكثير من العقود كون أنه لايمكن التعرف أن الإدارة تقوم بأعمال سلطة أو تقوم بأعمال التسيير في الكثير من الأحيان التي فيها تقوم بالعملية في آن واحد .

ناهيك على أن الإدارة وإن تعاقدت تحت ظل أعمال السلطة فهي تكرس امتيازاتها في العقد المبرم والذي فيه ى يستطيع المتعاقد مناقشة ماوضعته الإدارة من امتيازات أو التفاوض فيها بحيث لا تصبح أمام اتفاق حر فيه يفرغ العقد من محتواه الحقيقي ويصبح العقد مظهراً شكلياً أما محتواه قرار فردي يخاطب المتعاقد مع الإدارة ولايحدث إلا الآثار التنظيمية لا التعاقدية وهنا يصبح العقد مجرد قرار إداري في نظر القضاء والفقه أما عندما تبرم الإدارة العقد انطلاقاً من أعمال التسيير فشيء طبيعي أن يكون العقد مدنياً وهذا ما يجعلنا نعتبر العقد في الحالة الأولى قرار إد وفي الحالة الثانية عقد مدني ويطرح التساؤل في هذه المدرسة متى تكون أمام عقد إداري وهذا ما يرجعنا إلى نقطة الصفر .

ب ـ من معيار البند المألوف إلي مدرسة المرفق العام : إن الإنتقادات التي حطمت معيار السلطة العامة سعى فيها أصحاب البند غير المألوف cLause exbitautإلى إنقاذ ما

يمكن إنقاذه بحيث يرى أصحاب البند غير المألوف أن العقد الذي يتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص يعد عقداً إدارياً وانطلق أصحاب هذا المعيار من فكرة التعريف بين بنود العقد الإداري وبنود العقد المدني ، فإن الفسخ التلقائي للعقد والذي تقوم به الإدارة إنطلاقاً من أنها وضعته شرطا في العقد يختلف ولا يعد مألوفاً عن الشروط التعاقدية في القانون المدني بأن العقد في القانون المدني لايعدل ولا يلغي إلا بمعرفة القضاء ولو أن معيار الشرط غير المألوف في هذا الإطار قد نجح في تحديد الطبيعة الإدارية للتعاقدات التي تقوم بها الإدارة إلا أنه لم يسلم من استفادات الفقه الذي يرونه غير منطقي في جانب أن تطور التعاقدات المدنية أصبحت تحرر إرادة الأطراف المتعاقدة فلهما الحق في اشتراط ما يشاء أنه انطلاقا من مبدأ سلطان الإرادة الذي انتشر في الإلتزامات التعاقدية التي تقوم بها الأطراف المتعاقدة في القانون المدني ، وأصبحت الشروط غير المألوفة في القانون المدني مألوفة فهل يمكن أن نقول بأنها تعاهدات إدارية وهو السؤال الذي لم يجب عليه أصحاب هذا المعيار.

إن تدخل مدرسة المرفق العام كان معتبراً وملفت للنظر وهي المدرسة التي وضع أصحابها معيار المرفق العام كمعيار لتحديد الطبيعة الإدارية للعقد الذي تبرمه الإدارة وذلك إذ ما قامت الإدارة بعمل تعاقدي من أجل إنشاء أو تسيير أو تنفيذ مهمة مرفق عام فيكون العقد ذو طبيعة إدارية وبالتالي فتعريف العقد طبقاً لمعيار المرفق العام لم ينهزم إلا عندما ضعفت مدرسة المرفق العام بسبب أزمتها المعروفة وبقي هذا المعيار يقاوم في معالجة العقد الإدارية لولا تراجع الفقه الفرنسي عن فكرة التعاقد في حد ذاتها وهو الذي وضع تساؤلا ضمن إطار ما ذكره الفقيه ماتيو إفيس حول غموض الطابع التعاقدي في رسالة دكتوراه سنة 1971 تتعلق بالتشكيك في الطبيعة التعاقدية ذلك أن جل العقود تتضمن شروطا ليست تعاقدية بل تنظيمية حتى وإن تضمن العقد شروط تنظيمية وتعاقدية فلا يمكن الجزم بطبيعته التعاقدية الخالصة لأنه في النهاية يصبح عملا تعاقدياً مختلطا وهذا ما يفسر صعوبة تحديد تعريف العقود الإدارية .

نظرية العقد الإداري في الجزائر:

تختلف نظرية العقد الإداري في الجزائر اختلافا جذريا عن القانون المقارن اعتبارا من المناخ القانوني الإداري الذي يتسم بازدواجية القضاء ووحدة القانون وهذه السمة أثرت بشكل واضح في التصرفات التعاقدية للإدارة الجزائرية فإذا ما كانت هذه الأخيرة موضوعها عقد من عقود الإدارة فيمكن أن نتساءل غرابة تطبيق القانون الخاص في عقود الإدارة إذا ما اتضح أن طبيعتها إدارية ويبقى السؤال المطروح ويبقى الفقه في تردد وتحاشي عن معالجة هذا التساؤل رغم أنه يبرز في كل مرة وبإلحاح .

أولاً : برز هذا التساؤل في مؤلف الفقيه أحمد محيو المتعلق بالمؤسسات الإدارية ص 351 إذ وهو بصدد بناء معيار تعريف العقد الإداري في الجزائر تساءل عما

يمكن أن يؤخذ من الصفقات ع ـ والتي اعتبرها نموذجاً للعقد الإداري ، تتفق مع توصيف عقود الإدارة إذ كانت من عقود القانون الخاص أو من عقود القانون العام

(عقد إداري) ولو أن الأمر يبدو بسيطاً ولا يجلب المتاعب إلى القاضي إد الجزائري الذي ببساطة ليست له صعوبة في تحديث اختصاصه مادام مجرد حضور الطرف إد يجعله القاضي الطبيعي (م 07 ق إ م) فإن كانت القضية المطروحة أمامه أحد أطرافها شخص إداري متعاقد فإنه يرى إن كان تعاقده قد أبرم وفق قانون ص ع فإنه يعتبره عقداً إدارياً لكن الأمر يبدو مخجلاً أمام هذا الطرح وعسيراً أمام القاضي إذ لم يبرم العقد وفق ص ع وتساءل عن طبيعة هذا العقد في غياب اجتهاد قضائي جزائري ولا أحد في تلك الفترة ، ولا يبدو أن طرح الفقيه أحمد محيو قد حل المشكلة مادامت العقود التي تبرمها الإدارة دون لأن تلجأ للـ ص ع مجهولة الطبيعة ومجهولة الإختصاص وهذه النقطة الأخيرة تدخلنا في المسألة الثانية .

ثانياً : أصلاً ونحن حينما درسنا القرارات الإدارية في جانب خضوعها للرقابة القضائية لم يتردد التشريع الجزائري في معالجة سبل الرقابة عليها وفي المادة 07 وفي مجمل نصها حددت قواعد اختصاص القاضي إد عندما يكون موضوع الدعوى قرارا إداريا ولم تحد اختصاص القاضي الإداري حينما يكون موضوع الدعوى عقد إداري إذ يلغي القاضي قرارات الولاة فأين عقود الولاة ويلغي القاضي قرارات رؤساء البلديات فأين عقود البلديات ويلغي القاضي قرارات مدراء المؤسسات العمومية فأين عقود المؤسسات وهي هامش م 07 بفقرتها الأخيرة جنيت أمال كل من وجد الحل بالقول بالمسؤولية التعاقدية التي تكون من صميم اختصاص القاضي الإداري إذا كان أحد أطراف العقد دولة أو ولاية أو بلدية أو مؤسسة عمومية إدارية فأمل الفقه خاب على اعتبار أن نص هذه الفقرة كان صريحاً بالقول بالمسؤولية المدنية للدولة والولاية والبلدية ومع الإدارية فإذا ماكان التعاقد إداري فإن القاضي يضطر إلى تطبيق المسؤولية التعاقدية أي لاوجود لاختصاص القاضي الإداري نوعياً في قضية التعاقدات الإدارية من أساسها .

بل وحينما نتفحص المادة 169 ق 1 من ق إ م والتي تنص : << لا يجوز لأي فرد رفض دعوى قضائية ما لم يكن موضوعها قرار إداري >> فكيف الحال إذا كانت الدعوى القضائية موضوعها عقد إداري ، ولا نجد في اختصاص القاضي النوعي أي اختصاص ليتيح له الفصل في التعاقدات الإدارية وهذا يعد أكبر جواب على فقدان الإجتهادات القضائية مجال التعاقدات الإدارية بل أن والأدهى للأمر أنه تم الإشارة لاختصاص القاضي في ص ع في نص المادة 08 ق 02 ق إ م بحيث أن القاضي المختص هو القاضي الذي يقع في دائرة اختصاص مكان إبرام الصفقات إلا أن هذا الإختصاص إقليمي وليس نوعي بمعنى لا يحدد معيار لتعريف العقد فأين اختصاص القاضي في الفصل في ص لأن نص المادة الثامنة بين الإختصاص المكاني فقط رغم أن ص ع ما هي إلا أحد التعاقدات إد ، بذلك يتأزم الوضع

أكثر نتغاضى عما سلف ونسلم جدلاً بأن ص ع معيار للعقد إد ، فإذ ما تمعنا في محتوى عقد ص ع في الجزائر لا نجد له أي محتوى تعاقدي وكلمة عقد الصفقة ع شكلية .
فقط فإذا كانت ص ع لا تبرم مع المتعاقد إلا بعد أن يستوفي الشروط المحددة في دفاتر الشروط محددة بصفة انفرادية من الإدارة فإن المتعاقد لا يفاوض ولا يناقش في عمليته التعاقدية بل إنه في الحقيقة يتلقى قرار إد عليه أن يرضى به كي ترسوا المناقصة عليه فأي محتوى تعاقدي هذا رغم أن العقد يفرض حرية في التعاقد ولو كان من عقود الإدارة وهذا ما يؤكد اختلاف ص ع في الجزائر عنها في القانون المقارن لأن في هذا الأخير دفاتر الشروط تتم بطبيعتها المزدوجة لا الأحادية أي أن دفتر الشروط في ص ع م الإدارة يحوي نوعين من الشروط تعاقدية وأخرى تنظيمية الأولى : كمدة الإنجاز ، الثمن والثانية : كنوعية الإنتاج كما أن دفتر ش في الجزائر كله تنظيمي فكيف يمكن أن تبنى ص ع على أرضية تنظيمية لا على أرضية تعاقدية وفي النهاية يجب أن نسلم بطبيعتها التعاقدية ، كل النقاط الثلاث المشار إليها هي المناخ الصعب الذي يعيش فيه العقد إد في الجزائر ويبدو أن هذا المناخ قاتل لمفهوم التعاقد إد لا يسمح بأن نتحصل فيه على نظرية اعقد إد ولهذا فإن التضاربات الفقهية لم تكن هيئة وهي التي نتناولها في ما يلي:

<u>1 نظرية العقد الإداري من خلال قانون الصفقات العمومية:</u>

<u>أ أطراف الصفقات العمومية :</u> صدر أول قانون للـ ص ع بأمر مؤرخ 1967/06/01 وقد نص المادة الأولى فيه على أن ص ع هي عقود خطية تبرمها الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ... وهذا ما يشير إلى الأخذ بنفس أطراف الصفقات في القانون المقارن لأن ص ع لا تبرم إلا لتنفيذ المشاريع ذات النفع العام وصاحب المشروع لا يكون إلا طرفا إداريا أما التعديل الذي ورد على أطراف الصفقات ع فقد انتظر أكثر من 20 سنة ليأتي مرسوم تنفيذ 2002 ويعدل نص م 01 في فحوى م 04 منه بإضافة أطراف غير إداريين وهي المؤسسات ع ذات الطابع الصناعي والإقتصادي والتجاري ومراكز البحث ويبدو أن تهور ص ع يضرب في صميم إداريتها لعدم التمسك الطرف الإداري للصفقة إ د فماذا يتلقى من إداريتها أما الشيء الثاني فهو إتاحة الفرصة لأطراف غير وطنية في إبرام ص ع إنطلاقاً من التعديل الصادر بموجب قانون رقم 91 ـ434 المتعلق بقانون الـ ص ع والذي مكن الأشخاص الأجانب من إبرام الصفقات فبعد أن كان محظور على كل متمتع بجنسية غير جزائرية من إبرام الصفقات أتيحت له الفرصة وذلك بعدم الأخذ بالجنسية بل بالإقامة فإذا كان الشخص (الشركة) مقيم في الجزائر أو لها فرع بسيط في الجزائر فلها أن تبرم ص ع ولو لم يكن لها جنسية جزائرية وأكد على ذلك المرسوم التشريعي الصادر 93 ـ 03 المتعلق بالإستثمار .

<u>ب : تنفيذ الصفقات العمومية :</u> تمر ال ص ع بمراحل نشأتها وبطرق تنفيذها ولايمكن أن تنشأ ص ع في الجزائر ولا القانون الفرنسي إلا من خلال الطرق الأربع لإبرامها وهي التراضي ، المناقصة ، استدراج العروض ، المزايدات والمسابقات . وعند شخص هذه الطرق نجد أن التراضي تغلب كثيراً على الأساليب الأخرى لأنه وإن كان من النادر اللجوء إلى استدراج العروض أوالمسابقات أو المزايدات فإنه لإبرام ص يتنافس أسلوب التراضي والمناقصة فلما كانت المناقصات مبدأ لإبرام ص ع على اعتبار تحري عدم التمييز وسرية العروض ناهيك على أن قانون ع يجعل من التمييز في إبرام ص ع جريمة تكييف على أنها جنحة فإن العرض عن طريق الجرائد اليومية وعرض المناقصات فيها رغم فقدان نشرياته إدارية يجعل هذا الأسلوب مدعما لشفافية إبرامها ، كما أن استيفاء الشروط المحددة في دفتر الشروط ، شرط يسري على الكافة وتقديم العروض في أظرفة مغلقة يؤكد على تحري الحياد الإداري وعدم استنزاف المال العام مبدأ تحميه المناقصات كون أن الذي ترسوا عليه الصفقة عن طريق المناقصة

هو الذي يقدم عرض بأقل ثمن فإن كان طريق إبرام الصفقات لهذه الدرجة التي فيها نصت المواد 05 ومايليها على اعتبار المناقصة مبدأ ورغم تمسك المشرع ج بهذا المبدأ إلا أنه وفي كل مرة يعدل فيها قا ص ع يجعل من المناقصة استثناء ومن التراضي مبدأ وهذا واضح من خلال أن ق 91 الشهير الصادر تحت رقم 91 – 434 لأول مرة يفرق بين نوعين من التراضي ، البسيط ، والتراضي بعد الإستشارة ويجعل من التراضي قاعدة لإبرام ص ع ويؤكد على أن شروطه إذا ما اقتضت سرعة إبرامها أو وجود شخص له سلطة إحتكارية وهذا أن الوصفات يتطابقان على تغير الحياة إ د وسرعتها التي تفرض تفضيل التراضي على المناقصة خاصة ما إذا حدثت ما تم تهديمه من بناء وبنى تحتية وفي برزت فيه الشركات الإحتكارية فأي مناقصة اليوم تجعل مبدأ يتمثل في مرور الصفقات عن طريق المناقصات في ظل انقلاب الوضع التشريعي للصفقات لتصبح المناقصة استثناء والتراضي مبدأ وهذا ما يضرب حتى في التوصيف إد ص لتصبح الصفقات رضائية أكثر منها إدارية أي تخضع لقاعدة الإيجاب والقبول وهي قاعدة مدنية .

في حين أن ندرة اللجوء إلى استدراج العروض كأسلوب ثالث لإبرام الصفقات العمومية والذي يتمثل في انتقاء المتعامل الذي يقدم عرضا يتحرى فيه جودة المشروع وليس قلة ثمنه وفي هذا يتأكد قلة اللجوء إلى هذا الأسلوب والذي ينطبق عليه الأسلوب الرابع والمتمثل في المزايدات والمناقصات إما في تنفيذ الصفقات فإن قرار إبرام الصفقة الذي تتخذه الإدارة لا ينهي المشكل لأنه تتعرض الصفقة العمومية إلى الرقابة والتعديل فالوقاية تلازم الصفقات منذ نشوئها فتبدأ على شكل رقابة مالية بحيث أنه لا تبرم ص ع التي تتعدى الغلاف المالي المخصص لها و تتعرض إلى رفض التأشير عليها من طرف المراقب المالي كون أن الصفقات هي من الصفقات العمومية ويجب أن تخضع أي نفقة إلى الرقابة المالية السابقة كما أن تنفيذها يتطلب رقابة إدارية تتمثل في الرقابة الوصائية على الإدارة التي تبرم الصفقة وتتطلب رقابة داخلية من الإدارة نفسها فإذ ما تجاوز المتعاقد مدة إنجاز المشروع يتعرض إلى إنذار من اللجنة المراقبة قد يؤدي إلى الفسخ الآلي للصفقة في حال عدم الإستجابة له .

أما تعديل الصفقات فقد نصت عليه م 192 من ق ص ع تقليدا لنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني فإذ ما حدث وأن أًبح من الصعب أو المستحيل على المتعاقد تنفيذ المتعاقد للصفقة العمومية يتم تعديل الصفقة العمومية من خلال تعيين (actuaLication) الأسعار من خلال ملحق والإختلاف هنا عن العقود المدنية لا يشترط اللجوء إلى القضاء لتعديل العقد ويكون التعديل من قبل الإدارة دون اللجوء إلى القضاء كما إذا تعرض المتعاقد مع الإدارة في مشروع شق طريق إلى أرضية صخرية لم يكن يتوقعها تحتاج إلى أشغال وأموال إضافية فتلجأ الإدارة إلى إبرام ملحق . هذه المراحل تشكل النظام القانوني للصفقات العمومية والتساؤل الذي يطرح في طبيعة النظام القانوني هذا .

إن خلاصة اعتبار العقود التي تبرمها الإدارة من خلال معيار الصفقات العمومية تجعلنا نتساءل عن طبيعة نظامها القانوني ويبدو أن نظاماً كهذا يتماشى وقواعد القانون إد الذي يؤكد اختلاف عن قواعد القانون الخاص ولربما أن أمر 1967/06/01 المنظم لـ الصفقات العمومية حافظ على الطبيعة الإدارية للصفقات لكن ذلك لم يدم طويلا وسرعان ما تدهور النظام القانوني وهذا تحت وطأة قانون 81 المعدل له حتى في التسمية والذي غير تسمية القانون إلى قانون المتعامل العمومي ويالتعرض إليه تبرز بغرابة نص المادة 04 والتي أضافت جملة حطمت بها تعريف ص ع الوارد في أمر 67 وهو أن ص ع عقود خطية تبرمها الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ، فهذا كان النص القديم فالصفقـــــــــــــــــة في

81 ـــ م 04 حسب التشريع الساري على العقود تبرمها الولاية ، الدولة ، البلدية و م ع إ د ومن ثم فإن التفسير الحقيقي لخضوعها لنفس التشريع الساري على أي تعاقد يجعل منها عقدا من عقود القانون الخاص أي تنطبق عليه الشريعة العامة سواء قواعد القانون المدني أو التجاري وعلى هذا تم الإحتفاظ بهذا النص في تعديل 91 وتعديل 2002 مما يؤكد تدهور طبيعة الصفقات ع وهذا ما أشار إليه الأستاذ بناجي شريف في أطروحة دكتوراه دولة سنة 1991 بعنوان : تطور تنظيم ص ع في الجزائر .

2نظرية العقد الإداري من خلال عقود الإمتياز :

بعد الفشل الذي ساد الإتجاه المعتمد على نظرية العقد الإداري من خلال الصفقات ع لم يتسنى للفقه الجزائري التجرء في معالجة العقود إد بدليل أن المؤلفات التي تعرضت للعقد إد منذ بداية الثمانينات في الجزائر اكتفت بالإشارة إلى ص ع متجاهلة أن العقد إد أشمل وما الصفقات إلا نوع منها وفي هذا حتى الدارسين وطلاب الحقوق لم يتلقوا المعارف العلمية المتعلقة بنظرية العقد إد بل تم تغطية

الأمر بالصفقات وانطلاقاً من تغير دور الدولة الجزائرية منذ ميلاد الجمهورية الثانية في دستور 89 واعتماد النظام الدستوري القانوني لا البرامجي وتراجع دور الإدارة المتعلق بتدخلها في المجالات الإقتصادية التي تركت للسوق الحرة فقد عمدت الإدارة وبشكل غريب ومتسارع في الجزائر إلى منح المرافق العامة عن طريق الإمتياز ولا شك أن هذا يضرب مبدأ الملكية العامة للدولة لمرافقها التي تصنف في فقه رجال المالية بالأموال العمومية وبالتفتيش في قانون المالية منذ بداية التسعينات فقد نص في أحد مواده وبشكل غريب على إمكانيـــــــــــة استغلال

المرافق العامة من قبل أشخاص عامة ذات طابع اقتصادي وكل الأشخاص الأخرى الخاضعة للقانون الخاص .

وهذا ما يدل على تدخل أشخاص القانون الخاص في استغلال المرافق العامة ولو أن مشروع قانون المالية المقترح من الحكومة آنذاك لم تتفطن له س ش في الجزائر وصادقت عليه مباشرة وهو الشيء الذي منح للحكومة الحق في التنازل عن إدارة المرافق العامة وهذا ما يذهب إليه رجال المالية من خلال ما يسمى بنظرية فرسان المالية ويبدوا أنه ومنذ صدور هذا القانون تسارعت المراسيم التنفيذية والتشريعات التي تمنح حق استغلال المرافق العامة لصالح الأشخاص العامة وتم الأخذ بأداة الإمتياز كوسيلة قانونية ومبرر شرعي للإدارة في كف يدها عن تسيير مرافقها وجعل ذلك لصالح الأشخاص الخاصة ، إلا أن الدخول في الإمتياز يحتم على الإدارة إبرام عقد مع الطرف الثاني فتسمى الإدارة السلطة مانحة الإمتياز ويسمى الطرف الثاني صاحب الإمتياز وهذين الطرفين تحكمهما علاقة تعاقدية تدهبنا في مفهوم عقود الإدارة فإذا كان القانون المقارن اعتمد على الإمتياز كأداة للقيادة الرشيدة في تسيير المرافق العامة بسبب عجز الدولة وعجز مؤسساتها عن قيادة مرافقها التي بدأت تعجز عن تلبية حاجيات الأفراد فإنه في الجزائر اعتبر الإمتياز أداة سطو من قبل الأشخاص الخاصة وإهمال من قبل الإدارة لمرافقها بحجة تحرير السوق الجزائرية وذلك بكف يد الإدارة عن السوق .

فإذا كان ما سبق يعد أحد أهم الأسباب التاريخية في مفهوم الإمتياز في الجزائر فإن هذا الأخير تسارع وتكثف لدرجة تفتيش الإمتياز فيصبح لقانون الصفقات ج ق امتياز تسيير المرافق العامة وهو نفس الطرح الذي تبناه القانون المقارن الذي يمد بجذوره إلى فكر الفقيه الألماني إيزمان والذي يعد أول من اكتشف الطبيعة القانونية لامتياز تسيير المرافق العامة وسماها بعقد الإمتياز .

فلجأ بعض من الفقه الجزائري من أمثال بوسماح أمين ورحال بن عمر وعلى رأسهم بناجي شريف إلى محاولة إنقاذ تدهور نظرية العقد إد في الجزائر عبر عقود الإمتياز وبذلك تغير معيار تعريف العقد إد في الجزائر من خلال الصفقات إلى الإمتياز .

عقود الإمتياز :

_إذا تطرقنا إلى خصوصية عقود الإمتياز_كونها أداة لتسيير المرافق العامة فإن الإمتياز يشمله ثلاث عناصر :

ا ـ السلطة المانحة للإمتياز : في الجزائر الإدارة وحدها تستطيع منح الإمتياز عندما يخول لها القانون ذلك كقانون امتياز استغلال المياه الجوفية من قبل أشخاص غير إداريين وقانون إمتياز الطرق السريعة ، امتياز تسيير المرافق الرياضية وامتياز استغلال المحروقات وغيرها وفي كل مرة يصدر فيها قانون إلا وتنص مواده على أن الإمتياز عقد من عقود القانون إد كما نصت عليها م 04 من المرسوم التنفيذي 1989 والمتعلق بكيفية ممارسة الدولة لامتياز احتكار التجارة الخارجية وهذا ممنوح لأشخاص غير إداريين يحق لهم القيام بالإستيراد بعد أن يمنح لهم الإمتياز بقرار مشترك صادر من وزير المالية ووزير التجارة على أن يبرم عقد فيما بعد .

ب ـ صاحب الإمتياز : وهو الطرف الثاني الممنوح له الإمتياز ورغم أنه يمكن أن يكون من أحد الأشخاص الخاصين إلا أن الجزائر وفي قانونها لا تمنح الإمتياز إلا للأشخاص العامين ذو الطابع الإقتصادي والتجاري وليسوا الخواص وبدأ في منتصف التسعينات منح الإمتياز فقط للخواص .

جـ ـ المنتفعين : وهم المستفيدين من خدمات المرفق العام الممنوح تسييره عن طريق الإمتياز والذين يعاملون كما لو لم يمنح الإمتياز بحيث يستفيدون بتوزيع عادل من خدمات المرفق ع وخصوصية عقد الامتياز ناجمة عن هذا الطرح الثلاثي الأبعاد لأن العقد يقتصر على طرفين أما عقد الإمتياز فيرتبط بين إثنين بالنسبة لطرف ثالث .

والعلاقة التعاقدية لايمكن استخلاصها إذن إلا من خلال السلطة مادحة الإمتياز وصاحب الإمتياز ، أما الفقه الجزائري فقد استخلص معيار تعريف الفقه الإداري من خلال الطرف الأول مانح الإمتياز بحيث كشف على أن هذا الطرف يملك إمتيازات تستمر طيلة الحياة التعاقدية للإمتياز وهذه الإمتيازات تتمثل في سلطة الرقابة والتعديل واتخاذ العقوبات وإنهاء العقد وهي سلطات تتمتع لها الإدارة لذلك سميت بالسلطة مانحة الإمتياز وهذه السلطات الأربع تعد قواعد الإمتياز فإما ظهر عقد حسب الفقه الجزائري قامت به الإدارة واحتكرت فيه هذه السلطات يسمى بعقد الإمتياز كون هذه السلطات تشكل نظاما قانونيا غير مألوف عن القانون الخاص وتم تعميم هذا المعيار على كل العقود إد فأي عقد يتمتع بهذه السلطات المحتكرة للإدارة يدخل في عقود القانون العام (العقود إد) وأي عقد تغيب فيه هذه السلطات رغم قيام الإدارة فيه يعد عقدا من عقود ق الخاص ويسمى هذا المعيار الجديد المأخوذ من عقود الإمتياز بـ معيار النظام القانوني غير المألوف .

جامعة التكوين المتواصل

السنة أولى ليسانس حقوق عن بعد

السداسي 2

مـادة:

Términologie Juridique

المعامل: 02 **الأرصدة:** 02

أستاذ المادة : سعيد طربيت

Le contenu de ce module de terminologie juridique pour ce deuxième semestre concerne essentiellement la règle de droit en tenant compte du programme de base du module introduction aux sciences juridiques enseigné en première année licence de droit.

Donc on se basera sur trois axes qui sont : la distinction de cette règle des autres règles de conduite, sa force obligatoire qui la distingue des autres règles, et les diverses branches de droit qui sont classées principalement en deux groupes connus sous les noms de droit public et droit privé. et à la fin du programme on abordera l'essentiel des sources du droit Algérien .

Le programme de 2 ème Semestre :

A- Distinction de la règle de droit des autres règles de conduite.

B- La force obligatoire de la règle de droit.

C- Les diverses branches du droit

Djelfa 2021

A- Distinction de la règle de droit des autres règles de conduite.

a-Définition de la règle de droit :

le droit est un « Ensemble de règles qui régissent la conduite de l'homme en société, les rapports sociaux. ». Cela lui donne une importance considérable.

le droit est un phénomène social, la société établit des règles destinées à régir son fonctionnement et à organiser les relations, économiques ou politiques, des personnes qui la composent.

A- Distinction de la règle de droit des autres règles de conduite.

a-Définition de la règle de droit :

La sanction attachée à la règle de droit est ce qui distingue cette dernière des autres règles, telles que les règles morales et de politesse. Le droit est également distinct de l'éthique dans le sens où il ne se prononce pas sur la valeur des actes, bien et mal, mais définit que ce qui est permis ou défendu par l'État dans une société donnée. En ce sens, le droit délimite l'autorisation donnée par le souverain d'agir sans crainte d'être poursuivi.

le droit est un phénomène social, la société établit des règles destinées à régir son fonctionnement et à organiser les relations, économiques ou politiques, des personnes qui la composent.

A- Distinction de la règle de droit des autres règles de conduite.

a-Définition de la règle de droit :

L'étude du droit pose des questions récurrentes, quant à l'égalité, la justice, la sûreté. Selon Aristote, la règle de droit « est meilleure que celle de n'importe quel individu ». Anatole France écrit quant à lui, en 1894 : « La loi, dans un grand souci d'égalité, interdit aux riches comme aux pauvres de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain. ».

le droit est un phénomène social, la société établit des règles destinées à régir son fonctionnement et à organiser les relations, économiques ou politiques, des personnes qui la composent.

A- Distinction de la règle de droit des autres règles de conduite.

a-Définition de la règle de droit :

En première approche, le droit est un ensemble de règles destinées à organiser la vie en société. Le droit est alors vu sous l'angle de son objet : organiser la vie sociale. Elles sont donc formulées de manière générale et impersonnelle, sans concerner personne en particulier, mais en visant toutes les personnes qui forment le corps social. Cette vision du terme droit est qualifiée de droit objectif. On envisage la règle de droit en elle-même et pour elle-même.

1- Droit objectif

Le droit objectif est l'ensemble des règles juridiques obligatoires applicables dans un pays. Ces règles sont établies par le pouvoir régulièrement en place dans le pays et sont destinées au maintien de l'ordre et de la sécurité, et par suite à « préserver les intérêts subjectifs légitimes et de réprimer les intérêts subjectifs illégitimes (Huguette Jones, 2002-03) ». On parle alors plus volontiers du Droit.

Dans le droit Algérien, on distingue le droit public et le droit privé. Cette distinction est moins présente au sein des systèmes juridiques anglo-saxons également nommés systèmes de Common Law.

2- Droit subjectif

Une vision subjective est aussi possible, rattachée à un sujet de droit, et non plus abstraite et impersonnelle : on parle de droit subjectif. Dans ce sens, le droit, s'il est envisagé de façon plus concrète, correspond aux prérogatives individuelles que les personnes ont vocation à puiser dans le corps de règles qui constitue le droit objectif. Cependant, l'existence de cette notion est critique, « au nom de la logique ».

2- Droit subjectif

Certains Auteurs avaient rejeté la conception subjective : le droit serait une discipline sociale qui se construit d'après des considérations générales, et non à partir de revendications individuelles que l'on mettrait bout à bout. De tels auteurs condamnent alors la primauté du subjectif sur le droit objectif, qu'ils jugent contraire au bien commun, sinon à l'intérêt général. Ils tentent d'affirmer en réalité la supériorité du groupe sur l'individu : les prérogatives individuelles ne sont que le produit de la règle de droit objectif, et ne résulteraient en aucun cas de la volonté individuelle. Ils sont qualifiés de « maximalistes » par la doctrine, car ils rejettent l'existence même du droit subjectif.

2- Droit subjectif

Les droits subjectifs sont l'ensemble des prérogatives reconnues à l'individu par le droit objectif. Ils sont opposables aux tiers. Ce sont par exemple, le droit de propriété, le droit de créance, le droit de possession,le droit à la vie ... .

Un droit subjectif peut être **absolu** ou **relatif :**

Les droits absolus s'appliquent à l'égard de tout tiers (ex. : droit de propriété, droit à la vie). On dit qu'ils s'appliquent à tous.

Les droits relatifs s'appliquent à l'égard d'un ou plusieurs tiers déterminés (ex. : droits découlant d'un contrat).

2- Droit subjectif

Et pour permettre de distinguer la règle de droit de la règle morale, En effet la règle morale est interne à la personne et est le produit de la conscience. Tandis que la règle de Droit est une règle de conduite avec une norme juridique, ayant un caractère général , abstrait et obligatoire, une finalité sociale et qui indique ce qui devrait être fait dans une situation donnée. Sa source peut être la loi ou la coutume. La règle de droit est appliquée et sanctionnée par la puissance publique.

B- La force obligatoire de la règle de droit

La règle de droit étant destinée à organiser la société et les rapports entre ses membres, il est nécessaire qu'elle soit respectée et donc elle doit être imposée, rendue obligatoire.

Toute règle de droit est obligatoire, mais ce caractère obligatoire est susceptible de ne pas être respecté. On distingue ainsi les règles de droit impératives des règles de droit supplétives.

Les règles de droit impératives :

Sont celles qui ordonnent ou interdisent une conduite sans que le sujet puisse s'y soustraire. Elles sont souvent liées à l'ordre public. Par exemple, les époux ont, du fait du mariage, des obligations entre eux qui sont passées par des règles impératives.

B- La force obligatoire de la règle de droit

Les règles de droit supplétives :

Sont aussi obligatoires, mais peuvent être écartées par les sujets de droit. En effet, elles ne s'appliquent que si les sujets de droit n'ont pas exprimé de volonté particulière pour l'organisation de la situation. Elles viennent alors suppléer l'absence de volonté exprimée : ce sont des règles de droit applicables par défaut. Par exemple le Code civil prévoit que lorsqu'une chose est vendue, elle doit être livrée à l'acheteur à l'endroit où elle se trouvait au moment du contrat. Les parties sont toutefois autorisées à prévoir un autre lieu de livraison.

B- La force obligatoire de la règle de droit

La sanction de la règle de droit :

La règle de droit est toujours assortie d'une sanction émanant de l'État. Cette sanction peut prendre des formes variées. On en distingue plusieurs, qui peuvent parfois se cumuler.

Le premier type de sanction peut constituer en l'exécution contrainte de la règle de droit.

L'autorité chargée de faire respecter la règle en demande directement l'exécution en ayant recours si nécessaire à la force publique.

B- La force obligatoire de la règle de droit

La sanction de la règle de droit :

Le créancier qui n'est pas payé par son débiteur, une fois qu'il a obtenu le jugement condamnant le débiteur à payer, peut, avec ce jugement, ce titre exécutoire, aller voir un huissier qui contraindra le débiteur à payer en ayant, par exemple, recours à une saisie sur un compte bancaire ou une saisie immobilière. Le locataire qui ne paie pas ses loyers peut être expulsé. Une autre catégorie de sanction peut être qualifiée de réparatrice. Elles visent à réparer les conséquences du non-respect de la règle de droit. Ainsi, lorsqu'on ne peut pas ou plus obtenir l'exécution d'une obligation, on la remplace par le paiement d'une somme d'argent (dommages et intérêts) correspondant au préjudice causé par l'inexécution de l'obligation.

B- La force obligatoire de la règle de droit

La sanction de la règle de droit :

On peut aussi parler de l'annulation de l'acte juridique. Lorsqu'un acte juridique comme un contrat a été conclu sans respecter la règle de droit applicable à la conclusion du contrat, la meilleure manière de réparer ce non-respect de la règle de droit est d'anéantir ce contrat par le jeu d'une action d'annulation.

Les sanctions punitives, relevant essentiellement du droit pénal.

le droit pénal propose des sanctions punitives en cas de manquement à la règle de droit.

Université de la formation continue
Terminologie Juridique
Par : Professeur SAID TARBIT
Et Mr REBIHI MOHAMED

LA RÈGLE DE DROIT

Première Année Licence LMD 2020/2021
Document commun aux étudiants du droit privé et public

- TRAVAIL A EFFECTUER/

Traduire, du Français à L'arabe, les termes juridiques suivants :

1. *Rapport juridique.*
2. *Force publique.*
3. *Règle de conduite.*
4. *Puissance publique.*
5. *Règle de vie sociale.*
6. *Etat*
7. *Règle morale.*
8. *Punition*
9. *Règle générale.*
10. *Sanction civile*
11. *Règle impersonnelle.*
12. *Sanction pénale.*
13. *Règle abstraite.*
14. *Sanction disciplinaire.*
15. *Règle obligatoire.*
16. *Sanction administrative.*
17. *Acte juridique.*
18. *Peine privative de liberté*
19. *Fait juridique.*
20. *Peine pécuniaire.*
21. *Autorité publique.*
22. *Contrainte.*
23. *Capacité.*
24. *Code.*
25. *Collection.*
26. *Argument décisif.*
27. *De plein droit.*
28. *Egard.*
29. *Force exécutoire.*
30. *A fortiori.*
31. *A contrario.*
32. *Hiérarchie.*
33. *Identité.*
34. *Juridicité.*
35. *Stricto sensu.*
36. *Tradition.*
37. *Règle contraignante.*
38. *Coercition.*

Université de la formation continue
Terminologie Juridique
Par : Professeur SAID TARBIT
Et Mr REBIHI MOHAMED

LA RÈGLE DE DROIT

Première Année Licence LMD 2020/2021
Document commun aux étudiants du droit privé et public

A- QUESTIONS ET THEMES DE REFLEXION/

Question N° 01 ***/ - Qu'est ce qu'une règle de droit ? Citez ses caractéristiques.***

Question N° 02 ***/ - Que doit-on respecter lors de l'élaboration de la règle de droit ?***

Question N° 03 ***/ - Pourquoi instaure t-on les règles de droit dans une société ?***

Question N° 04 ***/ - Expliquez la sentence « nul n'est censé ignorer la loi » ?***

Question N° 05 ***/ - Qu'est ce qu'une règle supplétive ou interprétative ?***

Question N° 06 ***/ - Quelles sont les deux règles qui gouvernent la vie de l'homme en société ? Comparez entre elles.***

Activité 1

1/Répondre par vrai ou faux :

1/ La règle de droit se divise en règle impérative et une autre interprétative. ………………..

2/ Nul n'est censé ignorer la loi est une citation doctrinale : ………..

3/La règle de droit se divise en règle impérative et règle interprétative :……..

4/ Une règle de droit doit remplir certaines conditions lors de son élaboration :………………………

5/ On instaure les règles de droit pour organiser la société dans son ordre public:…………

6/ Les règles de droit proposent plusieurs modèles de conduite, elles expriment les valeurs de la société qui l'engendre ……………….

7/ Le droit objectif est l'ensemble des règles juridiques obligatoires applicables dans un pays………

8/Les droits subjectifs sont l'ensemble des prérogatives reconnues à l'individu par le droit objectif:….

9/La règle de droit est toujours assortie d'une sanction émanant de l'individu:…………………

10/ le droit est un Ensemble de règles qui régissent la conduite de l'homme en société, les rapports sociaux:…………………………

2/- Traduire les termes suivants en arabe

Rapport juridique: ……………………………………………………………

Règle de conduite: ……………………………………………………………

Règle générale : ……………………………………………………………

Règle obligatoire : ……………………………………………………………

Règle morale: ……………………………………………………………

Règle religieuse: ……………………………………………………………

État: ……………………………………………………………

Puissance publique: ……………………………………………………………

La cour constitutionnelle : ………………………………………………

***L'organisme employeur* :**………………………………………………

Activité 2

1/ Traduire le passage suivant en arabe :

Le droit est un phénomène social, la société établit des règles destinées à régir son fonctionnement et à organiser les relations, socio-économiques et socio-politiques, des personnes qui la composent.

……………………………………………………………………………………………………
……………………………………………………………………………………………………
……………………………………………………………………………………………………
……………………………………………………………………………………………………
……………………………………………………………………………………………………
……………………………………………………………………………………………………

2- Pourquoi instaure-t-on les règles de droit dans la société ?

……………………………………………………………………………………………………
……………………………………………………………………………………………………
……………………………………………………………………………………………………
……………………………………………………………………………………………………
……………………………………………………………………………………………………
……………………………………………………………………………………………………

3- Expliquez la citation « nul n'est censé ignorer la loi

……………………………………………………………………………………………………
……………………………………………………………………………………………………
……………………………………………………………………………………………………
……………………………………………………………………………………………………
……………………………………………………………………………………………………
……………………………………………………………………………………………………

C - Les différentes branches du droit

Le droit (objectif) nous donne des droits (subjectifs)

- Droit objectif : ensemble des règles de droit
- Droits subjectifs : prérogatives reconnues à un individu particulier

Les règles de droit ont pour objectif :

1/De permettre aux gens de vivre ensemble

2/De les protéger les uns contre les autres.

C - Les différentes branches du droit

Une règle de droit est donc :

A - Générale : le droit s'applique à tous de la même façon

B -Impérative : obligatoire, on doit lui obéir

C -supplétive : lorsque son application peut être écartée par ceux qui veulent s'y soustraire. ils leurs suffit d'exprimer leur volonté en ce sens par des actes contractuels .

C - Les différentes branches du droit

Droit national

Ensemble des règles en vigueur dans un état

Droit public	Droit privé
- Relatif à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics et leurs rapports avec les particuliers.	- Régit les rapports des particuliers entre eux.
- Le droit Constitutionnel : a pour objet l'organisation de l'État et le fonctionnement des institutions politiques.	- Le droit civil : règlemente les relations entre les particuliers.
- Le droit Administratif :	- Le droit Commercial :
Réglemente l'organisation des collectivités publiques (wilaya, commune) et des services publics ainsi que leurs rapports avec les particuliers	Ensemble des règles qui s'appliquent aux commerçants et aux opérations commerciales

C - Les différentes branches du droit

Droit fiscal	Réglemente la participation financière des particuliers aux dépenses publiques	Droit du travail	Régit les rapports individuels et collectifs de travail entre employeurs et salariés
Droit pénal	Ensemble des règles de droit ayant pour but la sanction des infractions. Organise le droit de punir	Droit de la famille	Ensemble des règles qui régissent les rapports entre les membres de la famille ainsi que leurs droits et leurs obligations.

Droit international

Ensemble des règles régissant les relations juridiques dans lesquelles intervient un élément étranger.

Droit international public	Droit international privé
Régit les relations entre États, les instances internationales, les rapports États/Institutions	Régit les relations entre personnes privées appartenant à différents États

II- TRAVAIL A EFFECTUER.

A- VERSION.

Traduire, du français à l'arabe, les termes juridiques suivants:

1. **Branches spécialisées du droit.**
2. **Droits mixtes.**
3. **Division du droit.**
4. **Droit interne.**
5. **Conflits de juridictions.**
6. **Droit international.**
7. **Autonomie de la volonté.**
8. **Personnes publiques.**
9. **Gouvernants.**
10. **Droit des personnes.**
11. **Gouvernés.**
12. **Organisations internationales**
13. **Groupement**
14. **Droit administratif**
15. **Département.**
16. **Droit constitutionnel**
17. **Conflits de loi.**
18. **Finances publiques**
19. **Consentement.**
20. **Droit civil**
21. **Société.**
22. **Droit commercial**
23. **Equivalence.**
24. **Droit social**
25. **Critère de distinction.**
26. **Droit maritime**
27. **Distinction organique.**
28. **Droit aérien**
29. **Statut.**
30. **Droit pénal**
31. **Distinction matérielle.**
32. **Droit de la sécurité sociale**
33. **Intérêt général.**
34. **Procédure civile**
35. **Intérêt public.**
36. **Droit judiciaire privé**
37. **Intérêt particulier.**
38. **Droit commun**
39. **Distinction formelle.**
40. **Droit des affaires**
41. **Procédé de contrainte.**
42. **Droit communautaire.**
43. **Acte unilatéral.**
44. **Droit processuel**
45. **Acte bilatéral.**
46. **Procédure pénale**
47. **Acte plurilatéral.**
48. **Procédure administrative**
49. **Accord de volonté.**
50. **Droit des assurances**
51. **Contrat.**
52. **Droit des transports**
53. **Convention.**
54. **Droit rural (agraire)**
55. **Alliance.**
56. **Ingérence.**
57. **Dérogation.**
58. **Médiation.**
59. **Territoire.**
60. **Nullité.**
61. **Démembrement de l'Etat.**
62. **Souveraineté.**
63. **Pacte**
64. **Traité**
65. **Accords**

LES DIVISIONS ET BRANCHES DU DROIT.

Par : Pr SAID TARBIT
Et Mr REBIHI MOHAMED

DOCUMENT I : Maurice DUVERGER, professeur à la faculté de droit de Paris.

***L*es** règles de droit sont des règles de conduite sociale établies et sanctionnées par l'autorité publique, cela les distinguent des règles morales et des règles de politesse. On distingue traditionnellement parmi les règles de droit, les règles du droit public et les règles du droit privé. Si la distinction est admise par tout le monde, elle n'est pas facile à préciser.

A la base de l'opposition du droit public et du droit privé, il y a une distinction fondamentale entre les gouvernants et les gouvernés. Dans tout groupe social, quel qu'il soit, on constate l'existence de gens qui commandent et de gens qui obéissent, de gens qui donnent les ordres et de gens qui les suivent, de gens qui exercent l'autorité et de gens qui s'y soumettent. Les premiers sont les gouvernants (au sens large), ou les autorités publiques ; Les seconds sont les gouvernés. Cette distinction fondamentale dans cette communauté humaine qu'est l'Etat se retrouve en réalité dans tous les groupements.

***O*n** peut dire d'une façon générale que le droit public contient l'ensemble des règles de droit relatives au statut des gouvernants, à leur pouvoir et à leurs rapports avec les gouvernés.

DOCUMENT II : Jean DABIN, membre de l'Académie royale de droit de Belgique.

Le droit qui est appelé à régir tous les rapports entre les hommes, se divise en un certains nombres de branches, d'ailleurs en perpétuelle augmentation étant donné la multiplicité & la complexité croissante de ces rapports. *P*armi les principes de division que suggère l'examen du phénomène juridique, le plus fondamental est toujours, au stade actuel de l'évolution du monde, celui qui découle de la présence à la charnière des relations sociales, de l'***Etat National***. C'est l'existence de l'Etat, en effet qui préside aux doubles séries de relations internes publiques et privées d'une part, des relations internationales, publiques et privées d'autre part. ***D*u** jour où l'Etat s'est affirmé comme le groupement suprême voué au bien de l'ensemble de la population, une catégorie nouvelle s'est superposée à la catégorie des relations jusqu'alors privées (entre les individus du clan, de la tribu), celle des relations publiques (mieux vaudrait dire politiques).

***O*n** entend par-là les relations qui ont trait à l'Etat, ce qui englobe, au préalable, les relations par lesquelles l'Etat est constitué, s'organise et fonctionne ; ensuite, les relations entre l'Etat et ses membres, individus particuliers ou groupements, privés ou publics (ainsi la division territoriale éventuellement des corporations ou des établissements de droit public) ; dans les Etats de type fédéral, les relations entre les Etats fédérés et l'Etat fédéral.

***O*r**, tandis que les relations entre les membres du groupe pris individuellement sont régies par un droit d'Etat plus au moins libéral selon les matières et les régimes, qui est le droit privé, les relations dans lesquelles l'Etat est en cause en tant qu'Etat sont régies par le **droit public,** quoi que nié par certains (DUGUIT, KELSEN) ce dualisme du droit privé et du droit public est dans la nature des choses, s'il existe des rapports entre les particuliers auxquels l'Etat peut bien donner leur règles, mais où il n'est pas partie, il existe aussi des rapports publics qui concernent directement l'Etat où il est partie.

DOCUMENT III : Jean DABIN, membre de l'Académie royale de droit de Belgique

***L*es** relations privées, matières de droit privé se nouent autour de deux centres d'intérêt : Les intérêts économiques ou pécuniaires dits patrimoniaux, et les intérêts variés que l'on nomme, de manière négative, extra économique, extra pécuniaires. D'où les deux parties du droit privé : droit du patrimoine et droit des personnes et de la famille. La distinction est importante parce que dans les pays à économie de marché la réglementation des rapports économiques est dominée par le principe de la liberté, alors que le droit extra

économique est en principe réglé par la loi, sans faculté de dérogation par des dispositions de volonté contraire.

On ne rentrera pas dans les subdivisions du droit public (droit administratif, droit constitutionnel, etc.) et du droit privé (droit civil, droit commercial, etc.) sauf pour faire remarquer que le droit constitutionnel, écrit ou non, qui fonde les Etats comporte, lui aussi, des règles de conduite. ***En*** effet tout groupement organisé d'hommes, en l'espace la société étatique ne peut résulter que d'un certain ordonnancement des individus membres, se traduisant par les comportements appropriés au rôle de chacun dans le groupe.

Quant au fondement juridique des constitutions, la question ne se pose point, parce que la constitution historiquement première est, en chaque pays, la source originaire des règles positives, sans qu'elle ait été soumise elle-même à aucune norme juridique antérieure. ***C***e sont les hommes qui librement établissent leurs constitutions, n'ayant à prendre pour guide que la raison, l'expérience et la moralité politique.

A la division classique du droit interne en droit public et droit privé, est venu s'ajouter, au cours du XIX siècle, un principe de classement empirique déduit non plus de la considération du sujet, mais de celle de l'objet, c'est à dire de la spécialité de la matière traitée, droit du travail, de la sécurité sociale, des assurances, de la mer, de l'espace, de l'énergie nucléaire, etc. ***O***r le règlement de ces matières fait appel, selon les cas, tantôt au droit privé, tantôt au droit public, tantôt au droit international.

Document IV : Jean DABIN, membre de l'Académie royale de droit de Belgique.

L'existence de l'Etat est au centre d'une seconde distinction, plus essentielle encore que la précédente, entre le droit interne propre à chaque Etat et le droit international. ***D***u jours où les Etats, ayant pris conscience de leur coexistence ont consentit à se reconnaître comme des sujets de droit, le droit international commençait de naître : ***le droit international public***, pour les rapports des Etats entre eux ; ***le droit international privé***, pour les rapports entre personnes privées quant s'y trouve mêlé un élément étranger (personnes, choses, lieux), cet élément d'extranéité livrant alors passage, sous les limitations définies par chaque Etat, à l'application sur le sol national de lois ou de décisions étrangères.

Cependant, le droit international public ne répond que d'une manière très imparfaite à la définition du droit. Certes il comporte un certain nombre de règles positives généralement reconnues, sinon toujours observées. Mais bien que l'on parle de communauté internationale des Etats, il n'est, entre ceux-ci aucune société organisée, supérieure et obligataire, avec une autorité publique habilitée à gouverner, à légiférer, à juger, et une force publique internationale pour contraindre à l'exécution des règles et des décisions du groupe. Faut-il conclure de cette carence que le droit international n'est pas un droit véritable ?

On dira plutôt qu'il n'est jusqu'à nouvel ordre, qu'un droit en puissance, d'ailleurs susceptible, selon les circonstances, d'influer en faite sur la conduite des Etats. ***Q***uant aux règles du droit international privé, elles sont laissées à la libre décision de chaque Etat, sauf convention d'unification totale ou partielle, entre deux ou plusieurs Etats.

Dans le cadre des relations internationales, il importe de signaler, en raison de son importance à la fois théorique et pratique, une branche particulière, celle du ***droit des communautés européennes.***

Deux traités caractérisent ce droit communautaire, d'une part une certaine aliénation d'indépendance, en ce que les Etats signataires ont accepté de se soumettre, dans les secteurs couverts par les traités, à des règles édictées par les autorités communautaires, d'autre part, une certaine aliénation de souveraineté, en ce qu'ils ont accepté, dans ces secteurs, les autorités communautaires soient habilitées à imposer aux nationaux des Etats signataires des décisions et des règlements que ceux-ci auront à faire respecter.

DOCUMENT V : Henri BATIFFOL, professeur à la faculté de droit & des Sciences économiques de PARIS.

Au sens large le droit international privé peut être regardé comme le droit qui prend en charge les relations privées de caractère international, pour exemple les mariages conclus entre personnes de nationalités différentes ou les contrats entre sociétés établies dans des Etats différents.

Le droit international privé se distingue du droit international public en ce sens que ses sujets de droit sont non pas des Etats ou des organisations internationales, mais des personnes privées n'ayant pas normalement accès aux juridictions internationales. A la différence d'un litige entre Etats, un litige privé

international (divorce, contrat, etc.) est porté devant le tribunal d'un Etat déterminé, qui le règle en appliquant son propre droit international privé, distinct des autres Etats. ***L***'objet du droit international privé est bien international, mais du fait de son caractère privé, ses sources sont le plus souvent nationales.

La distinction entre le droit international public et le droit international privé n'est pas toujours aussi claire. Lorsqu'un Etat conclut un contrat avec une personne privé ressortissante d'un autre Etat, le lien qui les unit est à la charnière des deux disciplines, au point que certains, ont pensé qu'il convenait de soumettre ces «contrats d'Etats » à un tiers droit échappant aux ordres juridiques nationaux sans toutefois se confondre avec le droit international public.

Dans le même ordre d'idées, il est difficile de qualifier au regard de cette distinction les règles, qui, dans chaque ordre juridique, accordent aux Etats étrangers, lorsqu'ils sont en litige avec un particulier, une double immunité de juridiction et d'exécution.

Dans la conception extensive qui prévaut en France, le droit international privé comprend le droit de la nationalité, la condition des étrangers, les conflits de lois et les conflits de juridictions. Cet ensemble, à première vue disparate, trouve sa cohérence dans la constatation que la nationalité et la condition des étrangers déterminent les sujets du droit international privé, les conflits de lois indiquent le mode d'exercice de leurs droits par ces sujets de droit, tandis que les conflits de juridictions définissent la sanction judiciaire de ces droits.

Dans ces différents domaines, le droit international privé doit résoudre un problème de rattachement qui lui donne son unité méthodologique, rattachement d'une personne à un Etat déterminé, rattachement d'un rapport de droit à un ordre juridique déterminé. ***P***our beaucoup, le droit international privé s'identifie à l'étude des conflits de lois.

B- QUESTIONS ET TERMES DE TRAVAIL

1- *Définir les termes suivants :*

* Droit international.
* Droit national.
* Droit public.
* Droit privé.
* Droit mixte.
* Droit administratif.

* Droit constitutionnel.
* Droit pénal.
* Droit financier ou finances publiques.
* Droit commun.
* Organisations internationales.
* Droit judiciaire.
* Droit commercial.
* Conflits de loi.
* Etat.
* Personne privée.

2- Faites une analyse de synthèse entre le droit public et le droit privé.
3- De quel droit fait partie le droit civil ? Définissez-le.
4- Qui sont les sujets du droit international ?
5- De quels sujets traite le droit international privé ?
6- D'où émanent les règles du droit international public ?